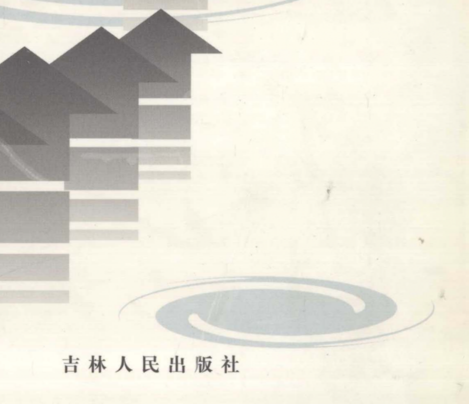


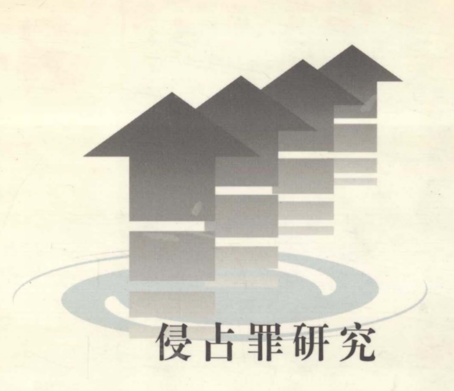
侵占罪研究

于世忠 著



吉林人民出版社

责任编辑 李艳萍
封面设计 雪　琳



侵占罪研究



ISBN 7-206-03428-4
D·1009 定价：19.80元

侵占罪研究

于世忠　著

吉林人民出版社

（吉）新登字 01 号

侵占罪研究

著　　者　于世忠　　　　封面设计　雪　琳
责任编辑　李艳萍　　　　版式设计　李　君
责任校对　于　君

出 版 者　吉林人民出版社
（长春市人民大街 124 号　邮编：130021）
发 行 者　吉林人民出版社
印 刷 者　北京东光印刷厂

开　　本　850×1168　1/32
印　　张　10.875
字　　数　250 千字
版　　次　2002 年 5 月第 1 版
印　　次　2002 年 5 月第 1 次印刷
印　　数　1—1000 册

标准书号　ISBN 7-206-03428-4 /D.1009
定　　价　19.80 元

序

于世忠同志是我硕士生的关门弟子，也是我博士生的弟子。得悉他在博士论文《论侵占罪》基础上修改增补的《侵占罪研究》这本专著即将出版，不胜愉悦，欣然命笔，为之作序。从世界刑法史上看，侵占罪虽然是古老的罪种，但却是我国1997年刑法所规定的一种新罪。我国刑法理论上虽对侵占罪早有研究，但仍处于一种零星的、分散的状态，全面、系统、深入的研究尚付阙如。最近几年来，刑事司法实践中关于侵占罪的认定及处理又出现了不少新的问题，这就迫切需要这方面的成果来指导，因此选择这样一个课题并对此进行深入研究，理论价值和实践价值都是重大的。于世忠同志在博士论文选题时，也正是基于对侵占罪这一新颖课题所具有的重大理论价值及实践意义的深刻认识，在国内资料匮乏的困难情况下，毅然选择了该课题撰写博士论文。顺利通过答辩以后，又经过一年半的思考和修改，形成了目前的这本专著。

作为他的博士生导师，我是该书的第一个读者。在我看来，该书以对侵占罪诸问题研讨的创新和深入，论证全面和细腻而见长。具体来说，该书具有以下几个特点：

(1) 观点新颖，论证深入。本书的新意在于以下三点：其一，研究新问题，就国内尚无人提出的有关构成侵占罪犯罪对象的标准、侵占行为是否是复合行为、代为保管的本质、持有人返还财物的义务是单一性义务还是复合性义务等问题进行论

述。其二，提出新观点，即在分析现有观点的基础上，提出自己不同的观点，如侵占罪概念的表述、对侵占行为的概念和本质的分析、单位可以作为侵占罪犯罪主体、诚实信用关系可以作为侵占罪犯罪客体、告诉才处理的例外情形等。其三，进行新论证，表现为针对相同的论题从新角度进行论证，如持有人返还他人财物的义务具有民事义务和刑事义务的双重属性，从而解决了侵占罪与民法上的不当得利的关系问题，遗失物与遗忘物区别的评价等，还表现为对尚未进行充分论证的现有观点、命题进行系统、深入的研究，如不法原因给付之物可以作为侵占罪对象、侵占罪属于行为犯等。这些新问题、新观点、新论证，读后有使人耳目一新的感觉。

(2) 逻辑性强，兼顾实用。本书首先是一本理论著作。作者以辩证唯物主义与历史唯物主义理论为指导，以比较的方法，结合刑法基本理论对侵占罪犯罪对象、犯罪行为等进行了思辨性的论证。这种思辨性而导致理论深入性是本书的一个特点 。但作者也并没忽视理论的目的在于指导实践，因此论证又紧密结合我国的刑事立法、司法实践进行，尤其是代为保管本质的论述对司法实践会有裨益。

(3) 立足中国，重视比较。本书对侵占罪问题的研究立足中国的理论与实践的需要，但在研究过程中，注重比较研究的方法。本书运用大量中外资料，在比较分析中外各种观点利弊基础上，推出了作者独到见解，在比较研究过程中，作者不是简单的就不同国家侵占罪理论界定进行对比，而是在不同国家侵占罪构成要件内涵基础上，确定我国与其他国家相互比较的基础，实事求是地进行比较研究，总结出我国刑法侵占罪规定的特色，即侵占行为只能由不作为方式实施，从一个方面揭示了我国刑法谦抑性的价值趋向。这说明作者在理论研究中力求科学、严谨的治学态度。

虽然本书还有一些需要改进之处，如没有将侵占罪作为两个独立的罪名分别阐述，对侵占罪共同故意形成问题研究不够深入等，但瑕不掩瑜，从总体来说这是一本有深度、有创见的刑法学专著。在这里，我想引用于世忠同志博士学位论文答辩委员会的决议作为该书内容的概述与评价：

"侵占罪是1997年刑法增设的新罪名，尽管学术界对此罪已进行初步研究并取得一些成果，但还缺乏综合、全面、深入的研究，于世忠同志的博士论文《论侵占罪》具有重大的理论价值和实践意义。

本书以辩证唯物主义与历史唯物主义理论为指导，以比较方法，结合刑法基本理论对侵占罪进行了全面细致的研究。结合学术界相关问题的争论暨司法实践，作者在许多问题上发表自己独到见解，例如论文对侵占罪概念的界定，犯罪对象的认定，侵占罪的行为特征，"代为保管"的含义，告诉形式的欠缺与补救等问题的论证颇具新意。文章论点鲜明，论证充分细致，资料翔实，分析中肯，说理有据，有较强的说服力。全文结构紧凑，层次明晰，语言流畅，反映出作者具有广博坚实的法学理论功底和较强的独立从事科研工作的能力，是一篇比较优秀的博士论文，对完善侵占罪的立法与司法具有重要的参考价值，但文中个别提法尚待进一步推敲。在答辩过程中圆满地回答了答辩委员会提出的问题，经答辩委员会无记名投票，一致同意通过于世忠同志的论文，建议授予其法学博士学位。"

何 鹏

2002年2月16日

前 言

侵占罪在我国刑法中是一个新罪名，但是它的立法早在公元前20世纪的《俾拉拉马法典》就有所体现，并伴随着商品经济的发展足迹一直发展到当今的侵占罪立法。从侵占罪立法的发展史上看，侵占罪的内涵和外延是由一定社会形态的商品经济发展水平及财产关系的复杂程度决定的，例如，持有他人财物的依据会因财产关系的复杂而变得丰富；侵占行为由单一的侵吞发展成为除侵吞行为以外，还包括擅自使用（盗用）、擅自处置持有物等，说明统治者越来越重视财产所有权的保护，以此来维护其不断从中受益的商品经济秩序。

国外和我国台湾地区关于侵占罪的立法以及相关理论研究已有一段历史，且成果颇丰。我国学者对侵占罪的研究刚刚处于起步阶段，对其进行专门研究，特别是系统性研究的成果并不多见。如何在理论上对我国侵占罪研究有所创新与发展，是我选择《侵占罪研究》这一题目的重要价值取向，因为在授课和背课过程中，我发现侵占罪的问题很多，没有一个系统的、全面的认识，难以真正地把握侵占罪的界定标准，于是下决心要对其进行较系统的探索和研究。由于我国刑法中的侵占罪的内容与国外和台湾地区的不同，国内的相关资料又比较少，仅靠国内资料很难开展对侵占罪的系统研究。所幸的是，通过调研收集到的大量外国相关资料，特别是我国台湾地区学者的研究成果，增强了对侵占罪立法以及侵占罪的法律特征与认定的

系统性研究的决心，因为无论哪一个社会形态的侵占罪都有其共同性，所以，国外及台湾地区的资料可以借鉴使用。本文在汲取国内外学者对侵占罪研究成果的养分基础上，寻着他们的足迹，以比较的方法，试图对侵占罪的立法和学说做深一步的探索和研究。

目前，学界关于侵占罪争议较大的问题主要有以下几点：(1) 侵占行为的概念及本质；(2) 代为保管的含义；(3) 赃物、封缄物能否作为侵占罪之对象；(4) 公有财物所有权能否成为侵占罪之客体；(5) 侵占罪是否存在未遂；(6) 遗失物与遗忘物区分的意义何在；(7) 侵占罪告诉形式的缺欠与补救等。本文对上述争议问题一一做了深入研究，认为，侵占行为是非财产所有人以非法所有为目的，对持有的他人之物经权利人索要时拒不退还或拒不交出的不作为行为，且侵占行为只能以不作为方式完成；“非法占为己有”在台湾地区及日本刑法中属于侵占行为，但在我国刑法中不是侵占行为，它具有双重属性，相对于“拒不退还或拒不交出”的侵占行为，它只是不法意图，代表犯罪目的；相对于退还或交出行为，它是一种民事侵权行为。代为保管的本质是物的持有人对物不享有所有权并负有返还该物之义务；以持有来表述代为保管比用占有来表述更为恰当。赃物和封缄物可以成为侵占罪之对象。公有财物所有权也可以作为侵占罪之客体，尽管没有刑法具体规定的支持，但这种认识并不与罪刑法定原则相悖。侵占罪属行为犯，以不作为行为完成为既遂标准；没完成拒不退还或拒不交出行为之前，则不构成侵占罪，因而也谈不上有未遂问题。遗失物与遗忘物的区别对认定侵占罪的有无没有任何意义，但对认定侵占罪与盗窃罪之区别有一定意义。我国刑法中侵占罪的告诉形式

存在一定的缺欠，表现在：①告诉才处理没有例外的情形不利于保护公私财物所有权；②告诉才处理排斥了公安机关的介入，致使遗忘物、埋藏物的主人很难收集证据进入告诉程序。为弥补上述缺欠，建议在刑法修订时，在第270条第3款增加一个内容，即如果侵占案件需要侦查的，经被害人申请，公安机关可以介入侦查；对侵占行为严重危害社会经济秩序、生活秩序和国家利益的，不适用告诉才处理。

上述争议问题左右着侵占罪是否成立以及侵占罪罪间界限等问题，因此，对上述问题的系统研究，不仅对构建侵占罪研究的理论体系有重要意义，而且对弥补侵占罪缺乏系统理论研究的不足有重要理论意义；同时上述问题从理论上的解决对科学指导刑事司法活动有重要的实践意义。这也正是本文研究的目的。

于世忠

2002年4月1日

目　录

第一章 侵占罪立法的沿革和比较

第一节 侵占罪立法的沿革

一、外国侵占罪立法的产生、发展及特点

侵占罪作为一种财产犯罪，其最早的立法通说是公元前1世纪左右的罗马法,[①] 但根据史料，笔者认为其最早立法可以追溯到公元前20世纪乌尔第三王朝时代的成文法。这个时期，政治上，王权较强大，大权集一身于专制君主，这为制定统一法典创造了政治条件；经济上，社会生活中的雇佣、租赁、借贷、不动产和奴隶买卖已经流行，财产关系日趋复杂化，这为其民事方面立法创造了客观条件；社会矛盾上，社会贫富差距的社会矛盾导致了侵犯财产行为日益增多的后果，这为其财产保护方面的刑事立法提供了必要条件。在上述社会背景下，奴隶主为维护统治秩序、经济秩序以及财产关系，制定了《埃什嫩那国王俾拉马的法典》（以下简称《法典》）。该《法典》共计61条，其中涉及到财产侵占的条文有两个。《法典》第36条规定：“倘自由民以其财产交人保管，而以日后取赎为条件，

① 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国政法大学出版社1998年4月版第306页；王桂萍：《中外侵占罪之比较》，载于《现代法学》1992年第2期第75页；刘辉：《论侵占罪》，载于《法律科学》1999年第1期第103页。

然而房屋未被打开，入口未被打破，窗户未被拆毁，而保管之财产遗失，则彼（即担负保管之人）应赔偿自由民之财产。”从该条规定看，将财产交他人保管日后取赎的行为，类似于现代意义的典当关系，典物即托管之物所有权没发生转移，承典人也即保管人对托管物是占有关系。“保管之财产遗失”主要指保管人将其非法据为己有，因为在没有其他人破门窗入室盗走或掠走物品时，这种遗失只能是保管人故意造成的，因而保管人主观有一定恶性。可见，保管人如果故意遗失托管物的行为对托管人构成财产侵权。这种财产侵权与易持有为非法所有的现代意义的侵占罪特征相符合。问题是，《法典》第 36 条规定“赔偿”是民事责任的实现方式还是刑事责任的实现方式。如果这种赔偿是当时的刑罚方法，则上述侵权行为就属于犯罪行为，而且符合现代意义侵占罪的基本特征。有观点认为这里的“赔偿”是民事责任。[①] 笔者认为，衡量某一行为在某一历史时期是否是一种犯罪，关键要首先考察这一行为所侵害的社会关系是否存在，这是某种犯罪存在的根本前提和基础；其次还要考察当时的法律有否关于这种行为的刑事立法即罪状及刑罚。有时某种社会关系的存在不一定有相关的刑事立法予以保护，但是，如果没有某种社会关系，就绝对不会有相关的刑事立法。例如，没有租赁关系、借贷关系以及其他只转移占有权而不转移所有权的法律关系的存在，就不会存在合法占有他人财产的关系，自然也就不会有将持有的他人财产非法据为己有的侵犯财产权问题了，法律也不会凭空规定这种犯罪行为，因为没有什么社会关系受到破坏，因而也就无社会危害性。乌尔

① 参阅：《刑事法学要论》，北京大学出版社 1998 年 8 月版 第 683 页。

第三王朝以前朝代的社会关系相对简单，从那时的成文法所调整的社会关系也可以略见一斑，如《李必特·伊丝达法典》只规定了一种财产关系即租赁关系，说明财产关系相对简单，商业活动不发达，财产转让领域不畅通，因而很少发生变财产持有为所有的侵权事件。所以，《李必特·伊丝达法典》以及《苏美尔法典》还没有关于侵占罪之规定。笔者认为，在当时历史背景下，《法典》第36条规定的赔偿是一种刑罚方法，理由是：第一，当时社会的财产关系已日趋复杂化，民商活动日益频繁，租赁、借贷活动也很活跃，从而出现了非财产所有人合法占有他人财产的现象。商业活动的频繁和活跃对奴隶主阶级来说是大有裨益的，可以从中获取大量财产收益。而一旦合法占有人谎称其保管之物被盗，意图不法地将他人之物永久据为己有，这不仅侵犯了财产所有权人的利益，还会阻碍商业活动顺利进行，其行为对社会的负面影响是深远的，往往会引发人与人之间的信任危机，而信任是商业活动顺利进行的润滑剂。行为人主观恶性明显，其对社会的继续危害的可能即人身危险性是存在的，针对这种情况，统治者对侵占他人财产的行为不可能规定民事上的赔偿简单了事，因此，《法典》规定的赔偿是严厉的，具有刑事惩罚性。第二，《法典》的内容除牵涉到财产、继承、婚姻家庭方面外，还涉及到刑法方面的内容。[①] 虽然《法典》从头到尾都没有规定死刑、肉刑、自由刑等现代意义和古代意义的刑罚方法，但是，当时的“赔偿”具有刑罚方法之意义，因为当时立法中已采取罚金赔偿的方式来逐步替代过去的血亲复仇。[②] 《法典》中的许多条款规定“砍断”、

① 陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社1982年8月版第3页。
② 陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社1982年8月版第2页。

"挫伤（手足）"、"殴打"、"推撞"自由民的故意伤害（罪）判处数量不等的赔偿。[①] 可见，赔偿是当时的重要刑罚方法。综上所述，《法典》第36条之规定与现代意义的侵占罪之规定基本相同，其侵权行为属于侵占罪，尽管当时法律没确定该罪名，但其观念反映出了该行为的本质特征，罪名只是行为的符号，是形式上的东西，本质决定行为的属性。

《法典》第50条规定："倘职司治水之地方长官或任何公务人员捕到属于王宫或穆什钦努之亡奴、亡婢、亡牛或亡驴，不以之送至埃什嫩那，而留于自己之家，如过七日或一月，则王宫当按司法程序索取其赃物。"从此条规定看，当时的官吏捕到奴婢、牛驴的，应送国王那里，如果不送而留在自家据为己有，则属于犯罪行为，这一点与日本、台湾地区刑法规定的公务侵占罪类似。即官吏执行公务时将捕到的奴婢、牛驴合法占有，又以非法所有为目的将合法占有的奴婢、牛驴据为己有，侵犯了国王（公共）财产权。本条中的"王宫当按司法程序索取其赃物"是一种刑罚方法。"赃物"中的"赃"的意义实质上是当时法律对上述行为的否定性评价，"索取其赃物"是对上述行为进行责难的实现方式。因此，《法典》第50条的规定与现代意义的公务侵占罪之基本特征相同。

从以上分析可以看出，《法典》已经对侵占罪和公务侵占罪作出了区别性的规定，这种区别表现在：第一，持有他人财物的原因不同，一个是基于委托而持有，一个是基于公务而持有。第二，主体不同，一个是自由民，一个是官吏。第三，犯罪对象不同，一个是委托物，一个是脱离物。第四，客观方面

① 参见：《俾拉拉马法典》第43条至第47条。该法典载于《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年10月版 第9页。

不同，一个是故意遗失他人财产或谎称他人财产被盗，一个是将捕获之物不按时送还于国王。第五，处罚力度不同，一个是赔偿，一个是索取赃物，后者因行为人属官吏，因而处罚力度比赔偿要大。

随着商品经济发展和交换关系的复杂，到了公元前 18 世纪的古巴比伦第 6 代国王汉穆拉比统治时期，社会出现了新的买卖关系、交换关系、租赁关系、借贷关系、保管关系、合伙关系、人身雇佣关系以及土地所有制关系，其中以财产租赁、借贷和买卖契约最为流行。作为特权阶层的商人、高利贷者（达木卡尔）在流通领域极为活跃，不仅从事经营活动，发放高利贷，而且还专门经营国家大宗贸易。经济的繁荣使奴隶主大获益处，对财产的盗窃、侵占会阻碍畅通循环的商业活动，从而也会侵犯奴隶主的根本利益。所以，这个时期，奴隶主针对侵犯财产关系出现的新情况以及保护经济秩序，在加大调整经济关系力度的同时，对盗窃、侵占财产行为的多样化确定了较为详尽的刑事规范，《汉穆拉比法典》在这种背景下诞生了。从该法典看，调整财产关系的法条有 120 多个（从第 6 条至第 126 条），几乎接近整个法典条文的一半，说明了其商品经济发达已到了相当程度。由于该法典是诸法合体，刑民不分，大部分条文没有将刑法规范独立出来，通常是在同一个条文中既包括对财产权的调整，又包括对犯罪行为的制裁。从法典对侵占罪的规定看，其处罚是相当严厉的，说明社会商品经济发达程度的高低决定了某一社会形态通过法律对财产权利保护的程度和要求，侵占罪的内涵和外延是由社会的商品经济发展水平及财产关系的复杂程度决定的。《汉穆拉比法典》第 9 条、第 10 条、第 16 条、第 19 条、第 106 条、第 112 条、第 120 条、

第124条、第265条等规定了侵占罪的相关内容。该法典规定的侵占罪与《俾拉拉马法典》的相关规定相比，有其自身的一些特点并有所发展，表现在以下几个方面：（一）将侵占他人财产的行为作为犯罪明确规定在法典条文中。该法典每个相关条文对侵占行为的罪状做了较详尽的描述，例如，第9条规定："自由民遗失某物而发现其失物在另一自由民之手，倘占有此物者云：'此物由一卖者售与我，我在证人之前买得'，而失物之主亦云：'我能提出知道此为我物之证人'，则买者应领到出售此物之卖者及购买时为之见证之证人；而失物之主人亦应提出知此为其失物之证人。法官应审理他们的案件，而交付买价时为之见证之证人及知此失物之证人，皆须就其所知，声明于神之前。买者为窃贼，应处死；失物之主应收回其失物，买者应从卖者之家收回其所付之银。"第10条规定："倘买者不能领到出售与彼之卖者及买时作证之证人，而仅失物之主提出知其失物之证人，则买者为窃贼，应处死；失物之主应收回其所失之物。"这两条规定简单地说就是指遗失物的拾得者在拾得自由民遗失物后又出卖给其他自由民的，经诉讼认定上述情况属实的，则该拾得者应被处死。如果购买遗失物的自由民提供不出出卖给他该遗失物的人以及买遗失物时作证的证人，则购买遗失物的人应被处死。第16条规定："自由民藏匿宫廷所有或穆什钦努所有之逃奴于其家，而不依传令者之命令将其交出者，此家家主应处死。"这里，逃奴被当做脱离物，不当得利或无因管理者负有依传令交出逃奴之刑事义务，如果想永久占有拒不交出，则是对刑事义务的违反，对家主处以死刑。第19条规定，自由民于原野捕到逃亡之奴婢后，倘藏匿此奴隶于其家而后来奴隶被破获，则此自由民应处死。可见，《汉

穆拉比法典》关于侵占罪罪状的描述是明确的。相比之下，《俾拉拉马法典》关于侵占罪的规定较欠明确，如第36条对“保管财产之遗失”没明确规定“谎称保管财产遗失”，只是从“房屋未被打开，入口未被打破，窗户未被拆毁”这段句推导出保管财物之人故意隐匿财产拒不交出的意思，从文字上看不出行为人的主观恶性，易使人将之与民事案件联系起来。（二）对侵占罪处罚方法因侵害对象的不同有所不同。《汉穆拉比法典》对遗失物的保护是非常重视的，无论遗失物是一般物还是奴婢，对它们的侵占一律处以死刑。如第9条、第10条、第16条、第19条等即是。相比之下，对行为人侵占借贷物、托运物、保管（藏）物、看管物的行为，处罚较轻，一般都是侵占人加倍赔偿或返还财产所有人的损失和财物，这种加倍赔偿或返还具有罚金性质，是当时的一种刑罚方法，因为《汉穆拉比法典》第255条、第260条明确规定，盗窃他人财物的，应“赔偿谷物”、“赔银三舍客勒”。可见，赔偿是一种较轻的刑罚方法，而且被广泛地规定于侵犯财产罪当中。该法典第106条、第112条、第120条、第124条、第245条、第246条、第247条、第248条、第265条等对侵占罪都规定了赔偿的刑罚方法。侵占对象不同反映了侵犯的具体的财产关系的不同，说到底，法律对遗失物拾得所产生的法律关系的保护力度要大于因借贷、租赁等所产生的法律关系的保护力度。可见，法律对遗失物拾得和委托所产生的法律关系的侵犯之评价是不同的。与上述情况不同，《俾拉拉马法典》关于侵占罪的处罚只有赔偿方法，且不论犯罪对象如何，没有规定死刑，因而刑罚方法较单一，不严厉。（三）占有他人财产的根据多样化。《汉穆拉比法典》规定，合法占有他人财物的根据有遗失物的拾得

（第9条）、不当得利（第16条）、无因管理（第17条）、[1] 借贷关系（第106条）、托运关系（第112条）、保管（藏）关系（第120条、第124条）、雇佣关系（第265条）等。占有根据的多样化是由发达的商品经济和复杂的财产关系所决定的。而《俾拉拉马法典》时代经济较为落后，财产关系相对简单，所以，当时法律只规定了两种占有根据：一是保管关系（第36条），一是不当得利（第50条）。（四）侵占行为的表现形式多样化。财产关系的复杂性决定了占有他人财物根据的多层次性；这种多层次性又决定了侵占行为的多样化。根据《汉穆拉比法典》的有关规定，侵占行为包括据为己有和处分行为。处分行为包括擅自出卖他人财物（第9条、第265条）、擅自消费他人委托保管物（第120条）、故意毁坏租赁物（第245条、第246条、第247条、第248条）。[2] 非法据为己有的具体方式包括藏匿遗失物（第16条、第19条）、否认财产关系的存在（第106条、第112条、第124条）。而《俾拉拉马法典》规定的侵占行为的方式仅为非法据为己有。

随着社会进一步发展，到了公元前15世纪，《中亚述法典》、《赫梯法典》诞生，这两部法典深受《汉穆拉比法典》的影响，其中前者“更是导源于或直接采用汉穆拉比法典”，[3] 因而其基本精神与《汉穆拉比法典》相同。尽管两部法典关于

---

① 《汉穆拉比法典》第17条、第18条、第19条是相互关联不可分割的几个条文，第17条实际是第19条存在的基础，也是自由民获得奴婢占有权的来源。根据第17条规定，自由民将捕到的奴隶交还主人，奴隶主给钱酬谢的做法具有现代意义的无因管理之属性。

② 根据上述4个条文规定，承租人租得他人之牛后，合法取得他人财产的占有权，在占有期间，超越了对牛的处置权限，对牛故意残害，使牛的使用价值受损或减少，实际上是对他人财产完整性的破坏，侵犯了他人财产权。且承租人具有一定的主观恶性和人身危险性，因而具有社会危害性和可罚性。

③ 陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社1982年8月版 第6页

侵占罪的规定比较简单，但是还是有一些特色的，表现在：第一，合法占有他人财物的根据有了抵押关系，这是前所未有的。如《中亚述法典》第10条规定："[如果某人失去了（?）]健牛、或绵羊，或任何受托保存的东西，而它是抵押（?）在别方面的，[这个] 在其家中保存抵押品（?）的人如对在（?）他家里存放 [东西（?）的物主（?）隐瞒这件事]，[那么所有在他手] 中的东西都将被剥夺、 [物主可以从他那里拿走（?）]；这个人负有偷窃的责任。"可见，依抵押关系合法取得他人抵押物的人如果否认抵押关系存在，拒不返还抵押物给物主的行为被认为是偷窃，其所有的财产都将被剥夺（相当于现代意义的没收财产之刑罚方法）。《汉穆拉比法典》则没有抵押关系之规定。第二，不再将奴隶作为侵占罪之对象，侵占罪之对象仅限于一般财产，如健牛、绵羊等牲畜，以及其他别的东西。第三，刑罚方法不再采用死刑和赔偿方法，而以肉刑、自由刑[①] 以及没收财产作为侵占罪的刑罚方法，刑罚方法之间的严厉程度错落适当，而不像《汉穆拉比法典》对侵占罪或者规定适用死刑，或者规定适用加倍赔偿，严厉程度差距太大。错落适当的刑罚方法一定程度上反映了罪刑相均衡，因而刑罚更趋于合理性，是一种历史性进步。

需要指出的是，导源于或直接采用汉穆拉比法典的公元前3—1世纪的《摩西律法关于奴隶和借贷的规定》明确指出了"加倍赔偿"是一种刑罚方法，从而佐证了《汉穆拉比法典》中加倍赔偿也是刑罚方法。该法第22章中有一段规定："人若

① 参见：《中亚述法典》第2表第9条。肉刑是指杖刑（50下）；自由刑是指服劳役一个月。该法典载于《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社1982年10月版 第56－57页。

将银钱，或家具，交付邻舍看守，这物从那人的家被偷去，若把贼找到了，贼要加倍赔还。若找不到贼，那家主必就近告审判官，要看看他拿了原主的物件没有。两个人的案件，无论是为什么过犯，或是为牛，为驴，为羊，为衣裳，或是为什么失掉之物，有一人说，这是我的，两者就要将案件禀告审判官，审判官定谁有罪，谁就要加倍赔还。"① 可见，加倍赔偿是与有罪相适应的，因而是一种刑罚方法已确凿无疑。

值得一提的是，公元前3世纪至公元3世纪之间，曾对东南亚国家产生重大影响的古印度之《摩奴法典》也有许多关于侵占罪之规定，这些规定有其独特之处，表现于：(1) 重视对妇女财产权的保护，如果妇女的家属在妇女没有死亡之前将其财产据为己有的，按窃贼论处。《摩奴法典》第8章第28项、第29项规定："不孕的妇女，无儿子的妇女，忠贞的妇女和守节的寡妇在患病和族中无人的时候，应该受到同样的保护。""如果她们的亲属在她们活着的时候将其财产据为己有，知法的国王应该按窃贼惩罚他们。"(2) 合法占有他人财物不予返还的行为是否构成侵占罪，取决于财物所有人的索债方式。在古印度，债权人讨回自己的钱财可以用任何方法，包括信守诺言、通融、计谋、道义上的压力收回贷款，甚至可以动用武力，但这里的武力是指债权人向国王告发，由国王传讯债务人，并且动用刑罚，使之还债。② 可见，如果财物所有人动用武力索要自己的钱财，债务人（合法占有他人财物者）的不还债行为就是犯罪行为（即侵占罪），对赖账的债务人"应该被

① 《外国法制史资料选编》（上册），法学教材编辑部《外国法制史》编写组编写，北京大学出版社1982年10月版 第100页。
② 参见：《摩奴法典》，蒋忠新译，中国社会科学出版社1985年5月版 第141页。

国王勒令缴付两倍于那笔债的罚款,"[1] 也即对赖账者处罚金。(3) 特定物可以永久地成为侵占罪之对象。在《摩奴法典》中,如果一般物品被他人合法占有使用,而使用是当着既非傻子又非儿童的物主的面进行的,经过10年物主默不作声,则物主丧失对该一般物的所有权。但是,如果物是典押品、边界、儿童的财产、寄存物、凭友谊被人使用的东西、妇女及国王的财产和净行婆罗门的财产不因被人享用而丧失所有权。[2] 所以,合法占有上述物品并使用的,无论过了多久,也无论财物所有者是否默不作声,占有者必须将其归还物主,否则就是犯罪。例如,《摩奴法典》规定,受寄人在被讨还寄存物的时候不把它还给寄存人,经证明确有寄存关系存在,那么,侵吞寄存物的人应该像贼那样受刑罚,或者应该被勒令交付与那被侵吞物相等的罚金。在任何情况下,国王都应该勒令侵吞寄存物的人交付与被侵吞物相等的罚金,对于侵吞朋友借予之物的人也应该如此。[3] 按照《摩奴法典》的规定,上述物品中,有些物品不要求合法占有人拒不归还才构成犯罪,而只要求合法占有人强行使用物品就足以构成犯罪了。例如《摩奴法典》第8章第144项规定:"典押品不得强行使用;强行使用者必须放弃利息,还必须按原价使物主满意;否则,他就是典押品的盗贼。"可见,使用典押品构成犯罪有两种情况:一是强行使用;一是使用典押品获得孳息或利益后侵吞,并使典押品磨损失去原有价值。(4) 明确将遗失物和埋藏物作为侵占罪的犯罪

---

① 参见:《摩奴法典》第8章第59项。
② 参见:《摩奴法典》,蒋忠新译,中国社会科学出版社1985年5月版 第150-151页。
③ 参见:《摩奴法典》,蒋忠新译,中国社会科学出版社1985年5月版 第181-182页。

对象，并规定了官吏侵占遗失物罪。[①] 根据现有史料，各国古代刑法中首先规定职务侵占罪当属于《摩奴法典》，在其以前的古代刑法无此规定。该法典第 8 章第 33 项规定："堙而复现的财物应该由专门委派的人负责保管；捉住了偷这类财物的窃贼，国王应该用大象把他们处死。"也就是说，专门委派之人（官吏）将保管的遗失物非法据为己有者，将被国王处以大象踩死之刑罚。该法典第 8 章第 35 项、第 36 项规定，对埋藏物的侵占，处以没收财产或罚金之刑。

公元前 1 世纪左右，古罗马的商品经济得到了较全面的发展，财产关系进一步复杂化。为适应罗马奴隶制社会相当发达的私有制和商品交换要求，对简单商品生产和流通的一切重要关系，诸如买卖、借贷、租赁、继承、监护、合伙、雇佣、寄托、转寄托、保管、信托、典质、抵押等要加以法律保护，以维护奴隶主从中受益的经济秩序和利益。罗马法在此背景下产生。在罗马法中，侵占、抢劫他人财物均以盗窃论处，[②] 可见，罗马法中的盗窃罪是个大概念，包容其他财产犯罪。根据《十二铜表法》以及其他罗马的有关规定，侵占罪（furtum）是指经被窃人同意而持有物品的人非法使用或非法侵吞该物的行为，其中非法使用是指窃用（furtum usus）；非法侵吞是指侵吞（furtum possessionis ）。[③] 鉴于盖尤斯所著的《法学阶梯》既是

① 参见张晋藩等著：《中国刑法史新论》，人民法院出版社 1992 年 3 月版 第 374 页。

② 参见［古罗马］盖尤斯著：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年 11 月版 第 272 页及第 276 页；［意］朱塞佩·格罗索著《罗马法史》黄风译 中国政法大学出版社 1994 年 4 月版 第 129 页。参见《十二铜表法》第 8 表第 13 条。

③ ［意］彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年 9 月版 第 402 页。

罗马法的钦定教科书，又具有法律效力，[①] 所以，从这本著作兼法律中，可以看出罗马法关于侵占罪的一些规定。盖尤斯认为："如果某人使用被寄存在自己处的物品，则在实施盗窃。如果某人把为某一用途而接受的物品挪作他用，他也因盗窃而负责，比如：他借用银器是为了邀请朋友出席晚宴，而他却带着它出了国，……。"[②] 《十二铜表法》第 8 表第 20 条 B 款规定："当监护人侵吞他们所监护者的财产时，应当确定，我们是否应如十二铜表中反对监护人的规定，对这些监护人中的每一个人个别地提出按两倍赔偿的诉讼。"保罗：《告示评注》第 39 卷这样写道，抵赖［已对他作出的］寄托的人，也不立即对盗窃之诉承担责任，只有在他以侵占为目的的隐匿被寄托物的情况下，才是这样。[③]这是关于寄托关系中侵占罪之规定。保罗：《萨宾评注》第 40 卷 如果寄托了［内有］20 个钱币的钱袋的人，由于给付人的错误，接受了另一个他知道（内）有 30 个钱币［的钱袋］，决定：他因这 10 个钱币承担盗窃之诉的责任。[④] 这是关于不当得利关系中的侵占罪的规定。根据《法学阶梯》以及其他古罗马法律关于侵占罪的规定，与以往的法律关于侵占罪之规定相比，其有以下几个方面的特点：

（一）对侵占罪罪状的描述相对概括抽象，反映了立法技术一定程度的提高。由于罗马时期财产关系较为复杂，使得合法占有他人财物的根据增多，如果将这些根据一一地在法规中

① 何勤华主编《外国法制史》法律出版社 1997 年 7 月版 第 90 页；同② 第 2 页。

② ［古罗马］盖尤斯著：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年 11 月版 第 272 页。

③ 参见：D·47，2，21，2；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 54 页。

④ 参见：D·47，2，21，2；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 54 页。

加以描述，势必会使条文庞杂臃肿，而“凡经被窃人同意而持有物品的人”这段描述已将所有的合法占有他人财产的根据包括在内，也就是说，无论基于何种财产关系而合法取得他人财产占有权的，都是经物主同意而持有物主的财产。类似的规定还有“违背所有人的意图处理其物”、“债权人、受寄人使用其物”等文字表达都是一种抽象性的规定。这样的规定既简练、抽象，又明确、留有余地，一定程度上符合立法技术上的要求。值得指出的是，罗马法关于侵占罪的某些文字表达具有一定程度的抽象性，但就侵占罪整体含义表达方面，还缺少统一的抽象性规定。不过仅就侵占罪局部抽象性地表达已经是了不起的进步，并给后世立法提供了重要借鉴。

（二）侵占罪的行为方式首次创制了窃用概念。所谓窃用是指行为人占有他人财产虽经物主同意，但对该财产的使用时间过长或者违反所有人的意愿而将该财产另作他用即改变既定用途的犯罪行为，也即侵占犯罪。如罗马法规定：“盗窃不但指以据为已有的意图取得属于他人所有之物，而且一般地指违背所有人的意图而处理其物。因此，如果受质物担保的债权人或物的受寄人使用其物，或物的使用人不按照给予其物时所指定的用途，而另作他用的，都构成盗窃，例如，某人为了设宴招待客人而借用银器，结果把银器随身带到远地。”[①] 保罗：《萨宾评注》第9卷 为自己借用驮兽、使用它们的时间过长的人；或违反所有人的意愿使用他人之物的人，都实施了盗窃。[②] 古罗马法之所以把窃用作为侵占罪行为方式是由古罗马

① ［古罗马］查士丁尼著：《法学总论—法学阶梯》，张企泰译，北京商务印书馆 1989 年版 第 120 页。

② 参见：D. 47，2，40；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 58 页。

的财产所有权内容决定的。罗马所有权有自己之特点，这些特点赋予所有权以特有的烙印，即所有权的排他性具有排斥任何限制、任何外来的影响的权利，① 任何干预和侵犯所有人获得所有物所产生的一切利益的行为都是对所有权的侵犯。未经所有人同意或授权而擅自使用合法占有的财产的行为是对财产排他权的侵犯，也就是对所有权的侵犯。把窃用作为侵占罪的行为方式之一，其结果很显然会扩大侵占罪适用范围，也意味着扩大了对所有权的保护范围。这说明古罗马统治者更加注意财产的保护和安全，维护商品流通的顺畅秩序。罗马法关于扩大财产所有权保护范围的侵占罪立法对后世立法及刑法理论之争具有重要借鉴意义和深远影响，表现在：(1) 有些国家把罗马法这种规定直接反映其刑事立法中，如瑞士刑法第 140 条规定，“……，或对自己受托保护之财物，尤其是金钱，使自己或第三人不法使用者，处五年以下轻惩役。”格陵兰刑法第 80 条甲款规定：“非法使用他人财产者，定侵占罪。”(2) 有些国家虽然没有将非法使用他人财产行为定为侵占罪，但仍将其作为其他犯罪来惩治的，如英国《1968 年盗窃罪法》将其作为挪占罪（appropration）加以规定的。(3) 非法使用他人财物是一种超越权限或违背宗旨的行为，在罗马法看来无疑是一种犯罪。

但到了现代，关于这种行为是否属于侵占行为还存在理论之争，有取得行为说和越权行为说两种对立之观点。②侵吞自

① ［意］彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年 9 月版 第 195 页。

② 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 722 页；褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆 1990 年版 第 1169 页

己合法占有的他人财产是一种典型的侵占行为，那么，超越物主之授权，擅自使用合法占有的他人之物是否属侵占行为呢？有的国家把公务员或业务员擅自使用公款或单位资金的行为定为挪用公款罪或挪用单位资金罪，显然是为了保护公共财产所有权和单位财产所有权，那么，擅自使用个人财物的行为为什么不能治罪呢？当然，定什么罪名是另外一个问题。看来，这个问题取决于一个国家对所有权保护范围和力度的价值判断，也取决于这种行为对经济秩序及财产流通的顺畅有多大负面影响。罗马法的相关规定给我们带来有益的启示。

（三）重视恶意对侵占罪认定的决定性作用，但仍有局限性；首次建立了衡量有无侵占恶意的推定制度。古罗马法在认定侵占罪时，不仅重视侵占行为的方式，而且还重视支配该行为的主观心理态度，仅有行为而无罪过则不构成侵占罪；只有明知故犯才构成侵占罪，注意到了构成犯罪需主客观要件的统一。意大利学者认为古罗马的盗窃罪（也即侵占罪）构成要件有以下四个：第一，取得（包括窃取他人物品、非法使用和非法侵吞）；第二，欺诈性意图；第三，从被窃物中获利的意图；第四，可动产。这里的“取得”是指行为；“欺诈性意图”是指人的主观心理态度即恶意，构成侵占罪需要行为和恶意必须同时具备。罗马法中的恶意也即欺诈性意图是指对善意的违反，是处心积虑地损人利己的意图，该意图具有较强的刑事色彩。[1] 盖尤斯认为：“那些把借用物挪作他用的人只是在下列情况下才被认为实施盗窃：他们知道这样做违背所有主的意愿，并且假如所有主知道，也不会允许；如果他以为自己将获

① ［意］彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年9月版第402页。

得允许，则不被视为犯有盗窃；显然这是最好的区别，因为无恶意就无盗窃。”①（当然，这里的作为负刑事责任依据的恶意的判断标准不是以行为人的真实意图为决定性的标准。如果行为人主观有恶意，并且擅自使用财物为物主所不同意，这种情况下，行为人的恶意才可作为负刑事责任的依据；如果行为人主观有恶意，误以为自己使用占有物不会得到物主同意而擅自使用，实际上物主并不反对占有人使用其物，这种情况下，即使行为人有恶意，也不能作负刑事责任依据。因为“如果某人以为是在违背所有主的意愿染指某物，而实际上所有主却同意，……对这两种行为均不负责；不构成盗窃是因为他染指物品并未违背我的意愿；……。”② 可见，作为负刑事责任的恶意之有无是以擅自使用占有物是否实际上得到物主允许为标准。这种认识尽管触及到了恶意的刑法价值，但仍有局限性和不彻底性，因为把是否违背物主的意愿作为衡量行为人有无应负责任的恶意的标准不能把行为人主观恶性和人身危险性反映出来，对发挥刑法的功能不利。恶意是行为人心理瞬间或者内心活动的东西，其证明难度之大显而易见，对此，罗马法推出重大举措，对有些侵占罪从客观举动上来判断行为人有无恶意。例如，保罗：《论普拉蒂》第6编，对应当返还他人的物品主张权利的人，视为欺诈。③ 再如，乌尔比安：《论告示》第31编，如果一个人未交付他本应交付的物品，那么，他的

① 丁玫著：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社 1998 年 10 月版 第 120 页。

② [古罗马] 盖尤斯著：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年 11 月版 第 273 页。

③ 参见：D. 50, 17, 173, 3；丁玫译：《民法大全选译·债·契约之债》I，中国政法大学出版社 1992 年版 第 31 页。

这一行为将被认为是欺诈。① 乌尔比安：《论告示》第 28 编，如果返还的是损坏了的物品，那么，不视为返还，可以提起寄托之诉。因为，根据返还的是损坏了的物品这一点，我们就可以说受寄人具有恶意。② 尽管罗马法的上述规定还有欠严密之处，但是，作为判断故意有无的推定制度的建立及其理念给我们当今刑法某些犯罪中的“明知”之判断提供了借鉴之处，不少国家正在或已经作了这方面的偿试。如美国《模范刑法典》第 223·8 条规定：“政府或金融机关之公务员或职员——推定其知悉有关由于本条所生之一切法律上之义务 = 有正当之请求而怠于支付或清算或由于会计检查发现帐目有不足或虚伪时，推定其将财物当作自己之物处理。”

（四）财物所有人侵占自己的财产也构成犯罪。罗马法为全面保护债的关系，规定财产所有人在担保关系、不当得利中擅自转让担保物或非法隐匿脱离物的行为，构成侵占罪，即使担保物或脱离物属于自己的也一样构成犯罪。例如，保罗：《普劳提评注》第 7 卷，如果给付某物作担保的人出卖该物，尽管他是物的所有人，他实施了盗窃，不论他已把该物交付给了债权人，还是仅仅使该物受特别简约的约束，都是如此。这也是尤里安所认为的。③ 盖尤斯也认为：“有时候，一个人也对自己的物实施盗窃，……因此，当自己的奴隶被他人善意占有时，如果隐匿返回到自己身边的上述奴隶，则被认为是在实

---

① 参见：D. 50，17，1，8，9；同上（ 第 135 页。

② 参见：D. 16，3，1，16；Corpus Iuris Civilis I，Weidmann 1992；丁玫著：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社 1998 年 10 版 第 130 页。

③ 参见 D. 47，2，67（66）Pr；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 59 页。

施盗窃。"[①] 侵占自己的财物也是犯罪的规定首次由罗马法创制，并对后世立法产生深远影响，如拿破仑刑法典第 400 条规定："……债务人、借用人或提供担保之第三人，损坏或侵占，或意图损坏或侵占已交他人作为抵押之物品者，适用第 401 条所定之刑。"日本 1907 年刑法典及现行刑法第 252 条第 2 款规定："虽然是自己的财物，但在经公务机关命令其保管的情形下侵占该财物的，与前项同。"所谓与前项同是指构成侵占罪。法国现行刑法仍有上述规定。

（五）利益可以成为侵占罪对象。利益是无形的，但它不像天然气、电等有管理可能的无形财产，因而将利益作为侵占罪对象乃古罗马法一大特色，即使与当今大多国家法律相比，也不失其为特色。盖尤斯：《行省告示评注》第 13 卷，对某人为自己使用而接受某物，却把该物借给他人［的案件］，解答是：他必须承担盗窃之诉的责任。由此，可以看出：如果某人使用他人的物、［却］把它转化为自己的利益，也发生了盗窃。人们不应为他几乎未为他自己的利益做任何事而动摇，因为慷他人之慨，为自己获得人情上的债务人，也是一种利益。[②] 意思是说，转借他人之物，从承借者那里获得的利益，实际上是财物所有人应获得的利益，对这种利益的获得实际上是对财产所有权［排他性］的侵犯，因而是一种犯罪行为。又如，乌尔比安：《萨宾评注》第 41 卷，偷走文件或契据的人，不仅就文件本身的价值，而且也就它涉及的利益承担盗窃之诉的责任。

---

① ［古罗马］盖尤斯著：《法学阶梯》，黄风译：中国政法大学出版社 1996 年 11 月版 第 274 页。

② 参见 D. 47, 2, 55 (54), 1；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 58－59 页。

……文件涉及的利益，是双倍的。[①] 这条规定可以涵盖这样的意思，甲与乙签订借贷契约，乙将金钱借给甲，乙保存借条并委托丙具体保管，甲与丙勾结串通，令丙将借条撕毁，以便甲懒账不还钱于乙。甲、丙共谋撕毁借条之行为所涉及的利益就是乙应收回借出的金钱和利息。被告甲、丙应双倍赔偿乙的利益。利益能够成为犯罪对象的观念给我们当今对某些行为的认定也有启示意义，如盗窃、隐匿或毁弃代为保管的欠条行为的认定问题，如果能把欠条后面所蕴含的利益也能作为犯罪对象的话，则认定上述行为之性质不成为问题。

（六）抛弃物或者误认为是抛弃物而侵占的，不构成侵占罪。罗马法认为，抛弃物不属于任何人所有的财产，因此，对它的占有不构成侵占罪。乌尔比安：《萨宾评注》第41卷，如果所有人已抛弃物，即使我以盗窃的意图取走它，不构成对他的物的盗窃，因为……我们抛弃的物，立即停止作为我们的财产。[②] 但是如果［物］未被抛弃，而某人认为它已被抛弃，他不承担盗窃之诉的责任。[③] 抛弃物与脱离物不同，脱离物之物主对其没失去所有权（永续性）；而抛弃物之物主对其已丧失所有权，对其据为已有没有侵犯物主之所有权，因而也就不构成犯罪。罗马法关于抛弃物的刑法规定，对我们当今对侵占罪的认定也有一定借鉴意义。

（七）侵占罪诉权之主体是有责任维护财产安全的人。这些人包括财产所有者、看护人等。但财产所有人与物的灭失与

---

① 参见 D. 47，2，27 Pr；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 60－61 页。
② 参见 D. 47，2，43，5；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 65－66 页。
③ 参见 D. 47，2，43，6；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 66 页。

否无利害关系时，也不享有诉权，例如洗衣工为清洗而根据一定的报酬接受了衣物，该洗衣工又将衣物委托他人临时看管，看管人谎称衣服丢失而隐匿了衣物，这种情况下，洗衣工有权提起诉讼而所有主却不能，因为这些物的灭失与否同所有主无关，所有主可以通过租赁之诉从洗衣工那里获得自己的衣物，只要该洗衣工有足够能力实行给付；如果不具有清偿能力，由于所有主不能从前者那里获得自己的物，他本人则有权提起诉讼，因为在这种情况下维护物的安全与其有关。① 可见，在古罗马，立法者已认识到不同的法律关系诉权主体不一样，尽管不同的法律关系之间有牵连，但也不能混为一谈。但是，当某一法律关系不能维护物主利益而通过有牵连的法律关系能够维护物的安全时，物主可以行使有牵连的法律关系的诉权。时至今日，罗马法的上述部分规定仍为当今法律所采纳。与当今法律不同的是，罗马法规定，接受寄托物的人不负看管责任，一旦看管物被他人侵占，看管人无诉权而物主有诉权，追究侵占者的责任而不是看管人的责任。但是，如果看管人恶意地实施了行为，如将其看管的物主的羊或牛放跑，以便他人获取，物主将对看管人行使诉权。② 罗马法还规定，侵占罪之诉权只授予善意占有人而不授予恶意占有人。③ 即，如果甲以欺诈之故意从乙处取得财物占有权，而后甲又将该物转借于丙，丙超越了使用权限而使用该物，因而发生侵占之诉，甲由于恶意取得物的占有，因而丧失了对丙的诉权，只能由乙行使诉权。

---

① 参见［古罗马］盖尤斯著《法学阶梯》黄风译 中国政法大学出版社 1996 年 11 月版 第 274－275 页。

② 参见［古罗马］盖尤斯著《法学阶梯》黄风译 中国政法大学出版社 1996 年 11 月版 第 275 页。

③ 参见：D. 47，2，49 Pr. 徐国栋译《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 67 页。

（八）未成年人不能成为侵占罪主体。立法者认为，犯罪与意志密切相关，无识别能力之人对事物之性质确乏判断能力，因而缺乏主观恶性和人身危险性，也就不应受到刑罚处罚。“因此，只有当未成年人接近成年，因而知道自己的行为是犯罪时，才因这种犯罪而负责。”① 将犯罪主体作年龄上的、识别能力上的划分是罗马法首次提出的，并对欧、亚大部分国家的刑事立法产生广泛而深远影响。

（九）首创侵占公款罪，但无明确规定侵占者的身份。从罗马法的规定看，侵占公款罪的主体不一定专指官吏，也包括普通人，所以，还不能单纯将侵占公款罪认为是职务侵占罪。当然，侵占公款罪中包含职务侵占的成份。例如，乌尔比安：《萨宾评注》第44卷，关于贪污的优利亚法规定：某人不得从作为圣物、安魂物的金钱或公共的金钱中为攫取，也不得挪用［它们］，也不得把它们转化为他自己的财产，也不得做使他人攫取、挪用它们或使它们转化为自己的财产的事情，法律特别允许他这样做的，则另当别论。某人不得在公共的金、银、铜之中添加某物，也不得混人某物，以此来使它们的品质降低，也不得在明知的情况下，以恶意诈欺使这样的添加或混合被作成。② 再如，马尔西安：《法学阶梯》第14卷，而那些为某种需要已经收受了公共的金钱，而不付出，加以扣留的人，按这一法律承担责任。③ 可见，上述规定的侵占人是凡指一切人；尽管法条中有“贪污”二字，但那时的贪污凡指侵吞，与侵吞

① 参见［古罗马］盖尤斯著：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1996年11月版第275页。
② 参见：D. 48, 13, 1；徐国栋译：《民法大全选译·债·私犯之债（II）和犯罪》，中国政法大学出版社1998年4月版第第202页。
③ 同②。

人身份没有必然联系，因而与现代意义上的贪污不可同日而语，正如有的学者所说，在古代及外国刑法中，贪污都不是一个具体罪名，而是官吏腐败的同义语。[①]

（十）罗马法首次规定了监护关系的侵占罪。监护人对被监护人的财产有合法的占有权，但不得损害被监护人的利益而擅自处置被监护人的财产，否则，将被认为是不忠实的。如果侵吞其合法占有的被监护人的财产，则是一种犯罪行为，将被以侵占罪受到刑事追究。《十二铜表法》第 8 表第 20 条规定："监护人不忠实的，任何人都有权诉请撤换，其侵吞所监护人财产的，处以双倍于该财产的罚金。"该规定就是针对监护人侵占而制定的。

由于罗马法是"简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法，"[②] 所以，在中古时期，特别是罗马法复兴时期，西欧封建制的许多国家纷纷采用罗马法，"因为在罗马法中，凡是中世纪后期的市民阶级还在不自觉地追求的东西，都已经有了现成的"。[③] 可见，中古时期西欧各国刑法关于侵占罪之规定与罗马法大致相同，没有多大发展。如受罗马法典编纂传统影响并于公元 5 至 6 世纪编纂成法典的法兰克王国的《萨利克法典》[④] 第 52 条规定："如果有人把自己的某些东西借贷于别人，而后者不愿归还他，他应依下列手续召唤那个人到法院去：他应偕同证人同到那借他东西的人的家里，并通知他如下的话：'因为你不愿意归还我所借给你的东西，那么，依萨利

① 陈兴良：《侵占罪与贪污罪之比较》，载于《法学家》1996 年第 4 期。
② 《马克思恩格斯全集》第 36 卷 第 168 页。
③ 《马克思恩格斯全集》第 21 卷 第 454 页。
④ 参见由嵘、胡大展主编：《外国法制史》，北京大学出版社 1989 年 1 月版第 78 页。

克法律，今天你还可保有它们。’并应指定期限要他［归还］。如果届时他还是不肯归还，应再给予延期七天。在七天期满后，应同样通知他说，依萨利克法律，今天他可保持这些东西。又如果届时还是不肯归还，那么在另外七天期满后，应和前次一样同证人一起到他那里，并请他归还他的东西。又如果那时他还是不肯归还，应对他指定期限。如果三次对他指定期限，那么，每次增加债款各一二 0 银币，就是各三金币。如果他那时既不肯归还东西，也不肯支付债款，那么，除债款和由三次通知所加的九金币之外，另应罚付六 OO 银币，折合十五金币。”由此规定可以看出，从他人处借得财物后非法据为己有的，构成侵占罪，并处以罚金 15 金币，这与古罗马法中的侵占罪规定无大差异，只是增加了“拒不归还”为构成该罪的前提条件，并以索要三次不予以归还作为拒不归还的标准。限制侵占罪的适用范围并使对该罪的认定更具有操作性的做法是《萨利克法典》的特点之一。与《萨利克法典》同期的《伊尼法典》（公元 688——694）对侵占罪的规定十分简单，如第9条规定：“假如任何人在求得审判之前动用了抵押品，他必须退回，并加倍支付，再交 30 先令赔偿金。”这条规定与罗马法相比没什么突破。

资产阶级取得政权后，由于其私有制与罗马法所保护的私有制没有本质区别，所以，资产阶级的立法几乎对罗马法没有什么改动搬过来就用上了。正如经典作家所说，罗马法是“纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现，以致一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修

改。"[①] 正因如此，资产阶级各国几乎都以罗马法为基础，结合本国的实际情况制定和改造自己的法律体系。其中有的国家将罗马法略加修改，变成现行法使用，如法国、德国等西欧大陆国家；有的国家吸收罗马法的精神以及采撷了罗马法的部分原则和制度。[②] 随着资本主义经济进一步发展，罗马法的影响显然已跨出欧洲范围，遍及曾经是德、法、西班牙、葡萄牙等国殖民地的亚、非、拉各国。既使英美法系各国，也深受罗马法的影响。同样，资本主义各国刑法关于侵占罪的规定从本质到内容上均承袭了罗马法的相关规定，只是在承袭的方式上略有不同。这一点，大陆法系国家刑法表现比英美刑法明显一些。就大陆法系国家而言，刑法关于侵占罪的规定比罗马法在立法方式和分类方面有所发展，表现在以下几方面：(1) 侵占罪从盗窃中分离出来，并在刑法中独立存在。罗马法是将侵占罪放在盗窃罪里，侵占行为是盗窃行为的一种。但是，到了中世纪，德意志法将侵占罪分为侵占委托物和侵占拾得物二种。前者是基于财产的委托，破坏了委托人和受托人之间的信任关系，属于背信行为，但其处罚准用盗窃罪的规定；后者则单独规定了相应的刑罚。在普通法时代，学说上认为侵占与背信应同属于诈欺。至十九世纪，即将侵占罪与盗窃罪分别定罪，各自设立刑罚，且自拿破仑刑法典第 408 条以后，背信亦认为是独立罪名。1871 年的德意志刑法认为侵占未必以信任关系的存在为前提，包括遗失物的侵占。而背信则以滥用信任关系为要件，故二者之体系未尽相同，因此将两者分离开。[③] 可见，

① 《马克思恩格斯全集》第 21 卷 第 454 页。
② 参见陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社 1982 年 8 月版 第 70－71 页；何勤华主编：《外国法制史》，法律出版社 1997 年 7 月版 第 100－101 页。
③ 参见陈朴生著：《刑法各论》，正中书局 1986 年 11 月版 第 323 页。

侵占罪是由盗窃罪和欺诈罪及背信罪中逐渐发展和分离出来的。但是，需要指出的是，拿破仑刑法典（包括1975年修正后的刑法）将侵占罪从盗窃罪分离出来具有不彻底性，表现在，虽然刑法第408条的侵占罪规定于欺诈罪章节中，但仍有一部分侵占罪规定于盗窃罪的章节里，如第386条规定："有下列各款窃盗行为之一者，处五年至十年有期徒刑：……四、客栈、旅馆主人、运送人、船夫或其受雇人窃取受托保管物品之全部或一部分者。……。"显然第386条第（四）项的行为属于侵占行为。再如第387条规定："运送人船夫或其他受雇人，使用有害健康之物质参杂于受托运送之酒或其他种类之液体中，致使或意图使其变质者，处二年至五年监禁并科500法郎至3000法郎罚金。"第400条规定："……。被查封财产主人，毁弃、诈取或意图毁弃、诈取被查封属他人所有或第三人托管之物品者，处二月至二年监禁并科3600法郎至36000法郎罚金。如受托管查封物品之第三人，毁损、诈取或意图毁损、诈取之者，处一年至五年监禁并科3600法郎至36000法郎罚金，……"显然，受托运输或管理他人之物而毁损该物或侵吞该物的行为也是侵占行为。侵占行为混于盗窃行为的状况结束于法国现行刑法的颁布施行，现行法国刑法典第四章"侵吞财产罪"已将全部侵占行为集中于这里并罗列出来，从而实现了侵占罪从盗窃罪中彻底分离出来。(2) 明确了侵占罪，并对侵占罪罪状进行了高度概括和抽象。鉴于侵占罪有自己的特征，与盗窃罪明显不同，近代资本主义大陆法系国家几乎均将侵占罪规定为独立的罪名和刑罚，如瑞士、奥地利、德国、格陵兰、巴西、日本、丹麦、意大利等国家的刑法，或者设定了专章来规定侵占罪，但最先将侵占罪明确规定于刑法并对罪状

进行高度概括和抽象的是1871年的德国刑法典。该法典第246条规定："(一) 意图自己不法之所有而侵占自己持有或保管之他人动产者，处三年以下自由刑或并科罚金。如侵占他人委托之动产者，处五年以下自由刑或并科罚金。(二) 本罪之未遂犯罚之。"该规定阐述了构成该行为的主观要件、客观行为及侵害的对象，其对客观行为的描述较抽象，没有说明侵占行为的具体含义，而将所有侵占行为进行高度概括，凝练成一句话，即"侵占自己持有或保管之他人动产者，"也就是说，无论基于何法律关系而合法占有他人财物，都意味着"持有或保管之他人动产，"而不必把所有合法取得他人财产占有的权源一一列举出来，从而避免了繁琐。该法典是对所有侵占行为的共性进行抽象后，才概括为第246条之规定的。1810年拿破仑刑法典虽然也设定了专条规定了具有侵占罪罪状和特征的具体犯罪形式，但是被当作诈欺行为中的"重利行为"加以规定的，没有明确侵占罪罪名，而且侵占行为散见于法典中其他一些条文中，没有进行必要的归纳和概括，而且其第408条的专条规定对犯罪对象罗列太多，也没有进行必要的凝练，如"诈取或处分其钱财、商品、票券、收据或其他负担债务或解除他人债务负担文件者，处……刑。"这里的"钱财"、"商品"、"票券"完全可以用"财物"一个词来替代。拿破仑刑法典的上述缺欠已被法国现行刑法典第四章所补正。罪名的确定性规定符合当时资产阶级刑事古典学派的刑法学家所倡导的并规定于刑法中的罪刑法定原则，反映了罪与刑相互适应的要求，因而比罗马法更有所进步。(3) 对侵占罪进行了分类。近代大陆法系资本主义国家刑法对侵占罪的分类有两种基本表现形式：一是将普通侵占罪进行分类，如1871年德国刑法将侵占行为

分为侵占自己持有或保管物和侵占委托物罪两种，并规定了不同的刑罚；二是将侵占罪分为普通侵占罪、侵占拾得物罪和职务侵占罪，奥地利刑法只规定了前两种，瑞士、意大利、法国、日本等国刑法对上述三侵占罪全部加以规定。分类越细致化，就意味着越科学。比照罗马法，近代资本主义大陆法系国家刑法之科学性是明显的。(4) 首次把公务侵占罪作为普通侵占罪的加重类型加以规定。公务侵占罪作为普通侵占罪的加重类型最早是在1810年拿破仑刑法典中加以规定的。该法典第408条第1款规定："侵占、滥用以应返还或提交之条件，或充当一定之使用或用途之条件，仅以租赁、寄托、委任担保或使用借贷之名义被交付，或不问薪给之有无，仅就一个业务被交付之证券、金钱、商品、票据、收据、或其他债务或包括免除债务或使之发生之一切证书，因而加害于其所有人、占有人或保持有人者，处第406条所定之刑。"第5款规定："准司法官吏或法院附属吏，犯第一项所定之背信者，处五年以上十年以下有期惩役。"这里的"第一项之罪"是指第408条第1款规定的普通侵占罪。官员损害他人利益，对合法占有的他人财物进行侵吞或擅自处分的行为即属职务侵占罪，处刑比普通侵占罪要严厉。尽管罗马法有侵占公款罪之规定，但犯罪主体不限于官员，所以，罗马法之侵占公款罪不是公务侵占罪。受拿破仑刑法典的影响，其他大陆法系国家的刑法几乎都有公务侵占罪的规定，但德国刑法无此规定。

英美法系国家刑法关于侵占罪的规定与罗马法相比，在形式上没有什么变化，仍将侵占罪混于盗窃罪中。值得一提的是，英国于1529年的一项法律中用了"盗用"(embezzlement)

一词,[1] 它是指“店员或仆人盗窃属于其雇主所有或由雇主占有的货币、动产或有价证券，或者在其雇主占有前截取这些财物的犯罪行为。[2] 可见行为人占有他人财物后欺诈地转移的行为与盗窃之构成要件是不同的，具有侵占性质。但该项法律没有对之创立新罪名，仍然认为偷盗罪。”“盗用”作为独立罪名最早体现在 1799 年的一项法律中,[3] 此时该罪的主体有所扩大，不仅包括店员、仆人，而且还包括职员、银行出纳员、政府官员和公务员，他们在履行职务时，合法占有他人财物，诸如钞票，然后再进行欺诈性盗用。[4] 但是，该罪作为一种独立的犯罪在英格兰已被 1968 年的《盗窃罪法》所废止，现已归入盗窃罪。在美国还有些州保留了盗用罪的罪名，特别是对政府官员的盗用，除适用一般的盗用的法条外，还适用有关占用公共资金的“政府官员盗用罪”条例，目的是防止政府官员侵占公共资金。[5] 《美国模范刑法典》则是将侵占罪规定于盗窃罪章节中。

二、中国侵占罪立法的产生、发展及特点

追溯中国刑法史，将侵占罪作为明确的、独立的罪名并规定独立法定刑的最早立法是《大清新刑律》，但是，具有侵占罪罪状及其特征的行为并加以治罪的立法早在我国战国时期就存在，不过是以盗窃罪论处而已。魏国李悝创制的《法经》中

---

① 参见储槐植著:《美国刑法》，北京大学出版社 1987 年 11 月版 第 250 页。

② 参见［英］戴维·M·沃克:《牛津法律大辞书》，光明日报出版社 1988 年版 第 286 页。

③ 参见储槐植著:《美国刑法》，北京大学出版社 1987 年 11 月版 第 250 页。

④ 参见 Steven H. Gifis《Law Dictionary》Barron's Educational Series, Inc. 2d ed p69。

⑤ 参见欧阳涛等著:《英美刑法刑事诉讼法概论》，中国社会科学出版社 1984 年 4 版 第 145 页。

就有关于贼盗律的规定，而贼盗律的罪名有以下几个：杀人、大盗、窥宫、拾遗、盗符、盗玺、议国法令、越城、窬制、群相居等，[1] 其中的“拾遗”是指拾得遗失物据为己有的行为，类似于现代意义的侵占遗失物罪，魏国对这种犯罪适用的刑罚是死刑，即“拾遗者诛”。[2]

随着社会关系的日益复杂，到了秦朝，出现了借贷、借用以及不当得利等法律关系，因而也出现了合法占有他人财物却侵犯财物所有人财产利益的行为。秦律规定，对合法占有他人财物不能如期偿还或不返还的行为，以犯罪论处。例如，《司空律》规定：“有债于公，以其令日问之，其弗能入及偿，以令日居之。”[3] 意思是，欠官府的借贷不能如期偿还，就以强制劳役抵偿。[4] 再如，《工律》规定：“假器者，其事已及免，官辄收其假，弗亟收者有罪。”[5] 意思是借他人的东西要及时归还，不归还者以犯罪论处。与战国时期立法比较，秦律关于侵占之规定有以下几个特点：（1）合法占有他人财物的依据较多。由于秦朝财产关系较战国时期复杂，所以，合法占有他人财物的机会较多，从而形成的法律关系也较多，诸如借贷关系、借用关系、不当得利等等。上述“有债于公”、“假器”就是借贷、借用关系的例证。《法律问答》有：“吏有故当止食，弗止，尽禀出之，论何也？当坐所赢出为盗。”[6]这是官吏不当得利以盗窃论处的规定，说明不当得利不返还财物之行为是犯

① 参见张晋藩等著：《中国刑法史新论》，人民法院出版社 1992 年 3 月版 第 49 页。
② 参见周密著：《中国刑法史》，群众出版社 1985 年 3 月版 第 181 页。
③ 《睡虎地秦墓竹简》第 84 页。
④ 参阅栗劲著：《秦律通论》，山东人民出版社 1985 年 5 月版 第 472 页。
⑤ 《睡虎地秦墓竹简》第 72 页。
⑥ 《睡虎地秦墓竹简》第 219 页。

罪，从而也说明不当得利是取得他人财物占有的依据之一。(2) 明确规定官吏利用职务之便侵占公款行为是犯罪。秦律规定："府中公金钱私贷用之，与盗同法。"① 就是说官吏将合法占有的公款私自消费使用的行为，以盗窃论处。《法律问答》有："把其假以亡，得及自出，当为盗不当？……其得，坐赃为盗。" 意思是说携带借用的官家物品逃亡，被捕获后，按赃数作为盗窃罪论处。这些规定与现代意义的公务或职务侵占罪相近，是中国刑法历史中首次规定的职务侵占罪。(3) 刑罚方法一般是城旦刑即劳役刑，并且在追究刑事责任的同时，强制返还侵占物。如上述秦律中的"以令日居之"即属强制劳役。秦律的盗窃犯不仅要服刑，而且还要退还赃物或赃款。② 这种对侵占罪的处罚力度比战国时期处罚侵占罪要轻得多。

汉律关于侵占罪之规定与秦律相比，没有太大变化，只是对官吏利用公务侵占其管理之公物（款）的行为处罚更加严厉。《汉书陈咸传》如淳注："律，主守而盗，直十金弃市。"③ 这里的"律"指汉律，"主守而盗"是指有官职之人将自己管理的官物侵吞，"直十金弃市"是指侵吞之数额值十金就将犯罪人当众处死。例如，"太子郭夫人弟为曲周县吏，断盗官布，法应弃市；"④ 有些情况下，虽不将公务侵占罪的罪犯以弃市方式处以死刑，但可以以赐死方式处以死刑。如"阳城侯田延平坐为大司农，盗部内钱三十万、自杀。"⑤ 也可以看出，官衔不同，执行死刑的方法也不同。

---

① 《睡虎地秦墓竹简》第 165 页。
② 参阅栗劲著：《秦律通论》，山东人民出版社 1985 年 5 月版 第 492 页。
③ 参阅沈家本著：《历代刑法考》，中华书局 1985 年 12 月版 第 1397 页。
④ 参阅：《魏书·司马芝传》
⑤ 参阅沈家本著：《历代刑法考》，中华书局 1985 年 12 月版 第 1398 页；薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 514 页。

唐朝是我国封建社会政治、经济等方面发展的鼎盛时期，财产关系相对复杂，法律关系繁多，因而决定了其侵占罪立法有自己的一些特点。唐律沿袭了汉律相关立法，[①] 并在此基础上丰富了侵占罪的内容，对各种侵占行为的规定更加具体。主要有以下几个方面的表现：

（一）唐律关于监守自盗即公务侵占罪的规定。唐律对监守自盗的规定非常细致，旨在全方位地保护官物所有权。唐律不仅对官吏侵吞官物行为进行严惩，而且对官吏侵犯官物收益权、使用权、占有权行为也惩治不怠，并对有损于官物使用价值的行为规定为犯罪加以惩治。(1) 唐律关于官吏利用职务之便将合法占有的官物非法据为己有的行为视为犯罪的规定。《唐律·贼盗律》规定："诸监临主守自盗及盗所监临财物者，加凡盗二等，三十匹绞。"[②] 何谓"监临主守自盗"以及"盗所监临财物"呢？《唐律疏议》解释说："假如左藏库物，则太府卿、丞为监临、左藏令、丞为监事，见守库者为主守，而自盗库物者，为监临主守自盗。又如州县官人，盗部内人财物，是为盗所监临。"也就是说，官吏利用看管财物之便，将合法占有的管理之物非法据为己有的行为是犯罪，对这种犯罪加普通盗窃二等治罪，如果侵吞财物数额达到 30 匹者处死刑（绞刑）。这种规定类似于某些国家和我国台湾刑法中规定的公务侵占罪。对以私物抵换官物的"损公肥私"行为如何处置问题，《唐律·贼盗律》"规定："诸以私财物奴婢畜产之类贸易官

---

① 参阅沈家本著：《历代刑法考》，中华书局 1985 年 12 月版 第 1862 页。
② 参阅长孙无忌著：《唐律疏议》（第十九卷 贼盗），台湾商务印书馆 1984 年版 第 65 页。

物者，计其等准盗论，计所利以盗论。”① 意思是，以私物抵换自己合法持有的官物，如果两物之间价值相等，对抵换者以准盗论，监主与凡人并杖六十；如果官物价值大于私物，则抵换者等于侵吞官物超出私物那部分价值，对抵换者以盗窃论，凡人杖六十，监临主守加罪二等合杖八十；如果官吏通过以私物换公物，从公物那里得利三十匹的，处绞刑。② 对官吏侵占脱离物罪的惩处问题，《唐律·贼盗律》规定：“若得逃亡奴婢不送官而卖者，以和诱论，藏隐者减一等坐之，即私从奴婢买子孙，及乞取者准盗论，乞卖者与同罪。”这一条规定的犯罪主体既可以是凡人，也可以是官吏。无论官吏还是凡人只要得到逃亡奴婢依令应送官家而不送，反而把奴婢卖掉或隐藏起来，对这种侵吞奴婢行为，以和诱论，如果有赃，以盗论，监临加罪。③ 以上可以看出，无论官吏对合法持有官物是直接侵吞还是变相侵吞，都是对官物所有权的直接侵犯，视情节与数额决定刑罚幅度和刑罚方法。(2) 唐律关于官吏侵犯官物使用权的规定。唐律对官吏将合法占有的官物擅自借出者视为对官物使用权的侵犯，因而将其作为犯罪惩治。《唐律·厩库律》规定：“诸监临主守以官奴婢及畜产私自若借人及借之者，笞五十，计庸重者，以受所监临财物论，驿驴加一等。”④ 意思是，官吏将自己掌管的官物擅自借给他人的，出借者及借用者都构成犯罪，笞六十；借出的官物数量虽少但借用日期长或者借出

① 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版“贼盗”卷第70页。
② 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版“贼盗”卷第71页。
③ 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版“贼盗”卷第73页。
④ 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版“厩库”卷第18页。

的官物数量多但借用日期短的行为，为“计庸重者”，以受所监临财物论；如果出借的官物为驿驴，则罪加一等。上述是对奴婢和畜产擅自借贷的规定，那么，对一般官物的擅自借贷如何处置呢?《唐律·厩库律》规定：“诸监临主守，以官物私自贷，若贷人，及贷之者，无文记，以盗论，有文记，准盗论，立判案减二等。”[①] 意思是，官吏将自己掌管的官物擅自借贷给他人，如果这种借贷没有记录在案，对借出者及借用者均以盗窃论；如果有记录，则按准盗论。“如果监临主守自贷亦加凡盗二等。”[②]《唐律·厩库律》还规定：“诸监临主守之官以官物私自借，若借人，及借之者，笞五十，过十日，坐赃论减二等。”[③] 意思是，官吏将自己掌管的官物，如衣服毡褥帷帐器玩之类，擅自借给他人的行为是犯罪，出借者及借用者各笞五十。过十日仍不还，以坐赃论减二等。唐律中的“贷”与“借”有区别，“贷”出之物并不无代价地借出，而要收取一定好处，这就侵犯了官物的收益权，因此唐律规定，私自贷出官物，无文记，以盗窃论，有文记，以准盗论；而“借”出之物是无代价的，它不象“贷”物，既侵犯官物使用权也侵犯官物收益权，“借”出官物之行为只侵犯了官物使用权，所以，对它的处罚只笞五十，以坐赃论而不以盗窃论。(3) 唐律关于官吏侵犯官物占有权的规定。《唐律·厩库律》规定：“诸官物当应入私，已出库藏，而未付给，若私物当供官用，已送在官，

① 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆1984年版“厩库”卷第20页。
② 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆1984年版“厩库”卷第21页。
③ 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆1984年版“厩库”卷第21页。

及应供官人之物，虽不供官用，而守掌在官者，皆为官物之例。"[①] "诸财物应入官私而不入，不应入官私而入者，坐赃论。"[②] 意思是，官物应当给赐（如俸禄等）以及借贷官人及百姓，已经出库，但仍处于官吏把持之中，而没有给付；私物应充官（如罚没的赃物、征缴的税款），但仍在官吏的把持之中，而没有入库，这种行为，以坐赃论。无论官物、私物，依法令应当处于谁的占有之下就应当由谁占有，否则，擅自占有官私物也是犯罪行为。

（二）关于侵占罪的规定。（1）关于普通侵占罪的规定。《唐律·杂律》规定："诸受寄财物，而辄费用者，坐赃论减一等。诈言死失者，以诈欺取财物论，减一等。"[③] 意思是，在寄托关系中，受托人擅自使用受托物的，以坐赃论，减一等。如果受托人诈称受托物（如牲畜、财物）死亡或灭失，意图侵吞永久据为己有的行为，以诈欺取财论减一等。关于借贷他人财物后不偿还的行为怎样处理问题，《唐律·杂律》规定："诸负债违契不偿一匹以上达二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十，三十匹加二等，百匹又加三等，各令赔偿。"[④] 所谓负债违契不偿是指"负债者谓非出举之物，依令合理者，或欠负公私财物，乃违约乖期不偿者一匹以上达二十日笞二十，……，各令赔偿，若更延日及经恩不偿者，皆依判断及恩后之

① 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"厩库"卷第 24 页。
② 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"厩库"卷第 22 页。
③ 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"杂律"卷第 32 页。
④ 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"杂律"卷第 33 页。

日，科罪如初。"[①] 也就是说，因借贷关系而持有他人之物超期不还的行为是犯罪，除承担笞、杖刑外，还要赔偿财物所有人的损失。如果经允许可延长期限归还，但届时仍不归还的，也照样治罪如初。关于有意将他人财物误认为自己财物意图非法据为己有的行为如何处理问题，《唐律·杂律》规定："错认奴婢及财物者，计赃一匹笞十，五匹加一等，罪止杖一百。未得者，各减二等。"[②] 意思是，错认他人奴婢财物为己之奴婢财物，必须出于故意。如己占有者为既遂，未得者为未遂；未遂可比照既遂减二等治罪。[③] 这一规定说明，行为人将持有的他人财物故意说成是自己的，意图侵吞据为己有，这种行为属于犯罪行为，并加以刑罚处罚。唐律还规定，假借官物逾期不还的，也是犯罪行为。《唐律·厩库律》规定："诸假请官物，事讫过十日，不还者，笞三十，十日加一等，罪止杖一百，私服用者，加一等。"[④] (2) 关于侵占遗失物、埋藏物罪的规定。《唐律·杂律》规定："诸得阑遗物，满五日不送官，各以亡失物罪；赃重者，坐赃论。私物坐赃减二等。"[⑤] 《唐律疏议》曰："得阑遗之物者，谓得宝、印、符、节及杂物之类，即须送官。满五日不送者，各得亡失之罪。赃重者，谓计赃重于亡失者，坐赃论，罪止徒三年。私物，坐赃论减二等，罪止徒二

---

① 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"杂律"卷第 33 页。

② 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"杂律"卷第 34 页。

③ 参阅乔伟著：《唐律研究》，山东人民出版社 1985 年 4 月版 第 243 页。

④ 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"厩库"卷第 56 页。

⑤ 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"杂律"卷第 56 页。

年。其物各还官、主。"[①] 这是关于侵占遗失物罪的规定。如前所述，唐律在贼盗律中规定，"若得逃亡奴婢不送官而卖者，以和诱论"实际上也是侵占遗失物罪，只是"得阑遗"与"得逃亡奴婢"两者之间犯罪对象不同，并且后者对他人财产的侵犯程度比前者要强，前者只是逾期不还，但没规定永久不还；而后者将他人之脱离物卖掉实际上是侵吞了他人财物，所以，唐律将后者规定于贼盗律中。关于侵占埋藏物罪，《唐律·杂律》规定："诸于他人地内得宿藏物，隐而不送者，计合还主之分，坐赃论减三等。"[②] 意思是，在他人的地域内发现并攫取埋藏物把它隐匿私吞不送官家的行为是犯罪行为。

从唐律关于侵占罪的规定看，与以前朝代刑事相关立法相比较，它有以下几个特征：(1) 规定明确，对侵占方面犯罪的描述多采用叙明罪状。唐律无论是对公务侵占罪还是对普通侵占罪及侵占遗失物、埋藏物罪的描述都较细腻，将犯罪主体、犯罪行为以及犯罪对象，甚至将合法持有他人财物的依据即法律关系都规定于条文中，如"受寄财物"、"负债违约"、"得阑遗物"等揭示了侵占行为发生于寄托、借贷、无因管理等法律关系中。(2) 对侵占罪作了基本分类。表现在：①法律规定上的分类，唐律将职务侵占罪与普通侵占罪及侵占遗失物、埋藏物罪分别置于"贼盗律"、"厩库律"及"杂律"之中，分属于不同的类罪。②同是侵占脱离物罪，但"若得逃亡奴婢不送官而卖者"是对他人财物的侵吞行为，而"得阑遗物不送官"是对他人财物的占有权的侵犯，两者对他人财产权侵犯程度不

---

① 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"杂律"卷 第56页。

② 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版"杂律"卷 第56页。

同，因而前者置放于“贼盗律”中，而后者置放于“杂律”中。③普通侵占罪与侵占遗失物、埋藏物罪虽然都规定于“杂律”中，但两者所处的位置不同，前者在唐律的杂律凡34条加以规定；后者在杂律凡28条加以规定。（3）监守自盗的犯罪对象不分官私财物，故无盗官物专门条款，[①] 而秦律、汉律中的监守自盗均分官私财物，如秦律中的“府中公金钱私贷用之”的侵占公款罪；汉律中的“盗部内钱”均以官物为犯罪对象。不分官私财物说明对财产所有权的保护力度加大，是一定历史形态的社会经济发展水平决定的。（4）唐律关于监守自盗的相关规定旨在全面保护财产所有权。唐律不仅对官吏侵吞财物的行为进行严惩，而且对官吏侵犯财产收益权、占有权、使用权的侵占行为也惩治不怠，如贼盗律中的“监临主守自盗”、“私财奴婢贸易官物”、得逃亡奴婢不送官而卖”等规定专门用来打击官吏侵吞财物行为；厩库律中的“监主借官奴畜”、“监主贷官物”、“监主以官物借人”、“财物应入官私而不人”等规定是专门用来惩治官吏对财物的使用权、占有权、收益权进行侵犯行为的。（5）对官盗的处罚比凡盗要严厉，体现从严治吏的精神。公务或职务侵占者是知法守法之人，竟置于不问而故意犯罪，其罪行甚重。唐律的监守盗最高刑罚是死刑，而普通盗窃罪最高刑罚是流刑。之所以对官盗处罚严厉是因为“古人立法原有至理，天下未有生而为盗者，教养不先而穷苦无度迫于不得已，非尽小民之罪，在上者方引以为愧，未忍尽法相绳，亦网开一面之意也。‘子为政焉用杀’，圣言早已立之准矣。”[②]（6）规定了划分侵占罪既遂与未遂的标准。如“错认

① 参阅沈家本著：《历代刑法考》，中华书局1985年12月版 第1862页。
② 参阅沈家本著：《历代刑法考》，中华书局1985年12月版 第1862页。

奴婢及财物者，……罪止杖一百。未得者，各减二等。”中“罪止”为既遂，“未得”为未遂。也就是说，他人奴婢及财物因某种原因已处于自己合法持有状态，只要占有人故意误以为是自己的，只要有个据为己有的意图，侵占罪即构成既遂，因为财物已处于行为人的实际控制状态，只要加个占有故意就足够了。“未得”是指故意误以为自己的财物，但被识破而没有得逞。(7) 对侵占罪的处罚以侵占数额及情节决定刑罚轻重。如监守自盗侵吞数额只有达到30匹才处绞刑。再如，官吏以私物贸易官物获利达30匹才处死刑。“诸得阑遗物，……赃重者，坐赃论。……”显然侵占数额大的，处刑要重。犯罪主体不同，处罚不同，如官吏以私财抵换官财的，加罪二等，[①] 官吏得逃亡奴婢不送官而卖者加罪；[②] 官吏犯窃盗（监守自盗）比普通盗窃罪“加二等。”唐律中的侵占遗失物罪的犯罪对象分官物和私物，官物的侵占处罚要比对私物的侵占严厉，如拾得遗失物，如果是私物的，以坐赃论，减二等。

宋朝时期关于侵占罪的规定，基本上沿袭了唐代的相关立法，对监守自盗、普通侵占罪、侵占遗失物、埋藏物罪均作了规定，而且规定的内容与唐律相关规定几乎完全相同。[③]

明朝时期，社会又有所发展，财产关系又略为复杂一些，这就决定了明律关于侵占罪的规定与唐律的立法略有所不同。唐律关于侵占罪的各种规定都有明律上有所反映，但在某些方面，明律的立法又有自己的一些特点，主要表现在以下几个方

---

① 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版“贼盗”卷第71页。

② 参阅长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆 1984 年版“贼盗”卷第73页。

③ 参阅［宋］窦仪撰：《宋刑统》，中华书局 第304页、第411页、第445页。

面：（1）明律将监守自盗的犯罪对象限定于仓库钱粮等物，而唐律则无此限制。例如，《明律·贼盗律》规定："凡监临主守自盗仓库钱粮等物，不分首从，并赃论罪。"[①] 这里明确规定了犯罪对象是仓库钱粮。（2）明律关于监守自盗的规定，明确了对他人财产收益权的保护，同时也明确了对他人财产的完整性的保护，这一点比唐律有所发展。《明律·厩库律》规定："凡牧养系官马、羊、驴等畜，所得孳生，限十日内报告。若限外隐匿不报，计赃准窃盗论。因而盗卖，或抵换者，并以监守自盗论。其都群所、太仆寺官，知情不举，与犯人同罪；不知者，俱不坐。"[②] 意思是，牧养人对官畜所生幼畜，应于10日内报告，超过期限隐匿不报，以准盗论；如果将所生幼畜盗卖，或以其他幼畜抵换官畜所生幼畜，以监守自盗论处。幼畜为官畜之孳生物，对孳生物的侵吞是对官畜这一财产的收益权的侵犯。所以，此条旨在保护官物的收益权。《明律·厩库律》规定："凡监临主守系官什物、衣服、毡褥、器玩之类，私自措用，或转借于人，及借之者，各笞五十。过十日，各坐赃论减二等。若有损失者，依毁失官物律，坐罪，追赔。"[③] 意思是，官物不得私自借用，违者以坐赃论。若将官物损失者，坐罪，赔偿。对官物的毁损是对官物完整性和使用价值的减损，使物失去了应有的价值。此条之规定，旨在保护官物的完整性。（3）明律中私借官物的规定不少，但以私借钱粮的处罚为最重，其他诸如私借畜产、衣物、毡褥等，或以坐赃论，或以

---

① 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社1999年1月版 第525页。

② 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社1999年1月版 第369页。

③ 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社1999年1月版 第386页。

亡失论，罪行较轻。《明律·厩库律》规定：“凡监临主守，将系官钱粮等物私自借用，或转借与人者，虽有文字，并计赃以监守自盗论。……。若将自己物件抵换官物者，罪亦如之。”[①]借官物与借钱粮不同，钱粮是封储在库里的东西，官物都留在外公用者，借钱粮不得还原物，借官物得以原物返还，故罪有轻重。[②] 钱粮为法律重点保护对象，事关民生大计，所以，对它的侵占将得到严厉的惩罚。（4）刑罚幅度由低向高逐层推进，刑罚细腻而确定，具有罪责相适用的倾向性，客观上起到防止司法擅断，滥用刑罚的作用。如明律规定，对监守自盗的行为，侵吞数额“一贯以下，杖八十。一贯以上至二贯五百文，杖九十。五贯，杖一百。七贯五百文，杖六十，徒一年。一十贯，杖七十，徒一年半。一十二贯五百文，杖八十，徒二年。一十五贯，杖九十，徒二年半。一十七贯五百文，杖一百，徒三年。二十贯，杖一百，流二千里，二十二贯五百文，杖一百，流二千五百里。二十五贯，杖一百，流三千里。四十贯，斩。”[③]（5）加大对监守自盗行为的打击力度。明律规定，对监守自盗者不分首从，并贼论罪。所谓并赃论罪是指多人共盗钱粮一定数额，虽然各自分得其中一部分，但通算作一处，每个人按盗得的总数额论罪，如窃得 40 贯以上的，每个人虽分得其中一部分，但每个人都以窃得 40 贯论，都被处以斩首；假如几个人共盗五贯，每个人都要被杖一百。[④] 唐律共犯有主

① 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 358 页。

② 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 387 页。

③ 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 525 －526 页。

④ 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 252 页。

从之分，造意者为首，共监临主守以监主为首，凡人以从犯论。显然，明律对监守自盗的处罚力度比唐律要大。(6) 对监守自盗罪首次规定了耻辱刑。明律规定，对监守自盗者除适用杖、徒、流刑以处，“并于右小臂膊上刺盗官‘钱粮物’三字”，“每字各方一寸五分，每书各阔一分五厘，上不过肘，下不过腕，余条准此。”① (7) 古器是侵占埋藏物罪的犯罪对象。古器实质上是明朝时期人们视为的文物，文物自然属国家所有，所以，对获得古器不送官者以犯罪论处。明律规定：“若得古器形制异而不送官者，罪亦如之。”② 这里的“罪”是指明律中的“得宿藏物”罪，也即侵占埋藏物罪。(8) 明律不仅将“主守”列为监守自盗罪的犯罪主体，而且还将“守掌”、“雇役”、“解役”作为该罪之主体。“主守”是指“常时之守掌也”,③ 意思是国家正式官吏；“守掌”是指“暂时之主守也”,④ 意思是临时聘用的官吏；“雇役”是指“主守之代替也,”⑤ 意思是受雇佣行使官吏某项职权的人；“解役”是指专门从事押运货物的官吏。明律规定：“有人守掌在官，若有侵欺借贷者，并计赃，以监守自盗论。”⑥ 从事押运货物的官吏，如有侵欺者，如沿途盗卖、故意将货船放失漂流或者船只因故漂流造成货物极小损失，然后乘机侵匿等，计赃，以监守自盗

① 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 254 页。
② 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 724 页。
③ 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 398 页。
④ 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 398 页。
⑤ 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 398 页。
⑥ 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 398 页。

论。[①]“凡仓库、务场、局院、库秤、斗级，若雇役之人，侵欺、借贷、移易系官钱粮，并以监守自盗论。”[②] 明律中监守自盗较为广泛的犯罪主体体现了明律对官吏的更加从严惩治，也说明明律对公私财产权的保护也是较为全面的。(9) 明律对监守自盗罪客观方面的描述已开始使用“侵欺”、“侵盗”、“侵匿”等字眼，这些字眼与现代意义上的“侵占”之含义大体相同，都是指行为人对合法占有的他人财产非法据为己有等非法行使他人财物所有权的行为，这说明明律已注意到侵占行为与盗窃行为的差异，为后来的清律将两者之间彻底分开并各自独立定罪奠定了基础。

清朝是我国封建社会最后一个朝代。清朝初期的立法基本上沿袭了唐明律。《大清律》中仍有关于侵占罪方面的规定，如监守自盗、守掌在官财物、费用受寄财产、得遗失物不送官、盗卖换易田宅、强占良家妻女，[③] 这些规定与唐律明律的规定大体相同。到了晚清，由于外国资本主义列强的入侵，决定了晚清政治、经济与初期的清朝有所不同，表现为殖民色彩浓厚，资本主义财产关系模式的渗透及立法受国外资本主义法律影响是这一表现的两大内容。清末的《大清新刑律》正是在这一背景下制定的，以“参考古今、博辑中外”作为修律宗旨，既承袭了汉、唐、宋、元、明代刑法中的罪名，又参考吸收英、美、德国，特别是日本的刑法典，[④] 对侵占罪作了较全

① 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 396 页。

② 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 388 页。

③ 参阅张晋藩等著：《中国刑法史新论》，人民法院出版社 1992 年 3 月版 第 464 页。

④ 参阅张晋藩等著：《中国刑法史新论》，人民法院出版社 1992 年 3 月版 第 468 页。

面的、具体的、明文的规定。《大清新刑律》在分则第34章明确将侵占罪作为类罪规定下来，如第370条规定："侵占自己依法令契约照料他人事务之管有物共有物或属于他人所有权抵当权及其他物权之财物者处三等至五等有期徒刑。虽系自己所有物管有物若依公署之命令归自己看守而侵占之者亦同。"第371条规定："凡在公务或业务之管有物共有物，或属于他人所有权抵当权及其他物权之财物者，处二等或三等有期徒刑。"第372条规定："侵占遗失物、漂流物或属于他人物权而离其管有之财物者，处其价额二倍以下价额以上罚金。"

清朝特别是晚清的关于侵占罪之立法与前几个朝代相关刑事立法相比，有以下几个特点：（1）罪名确定，与盗窃罪分离，分别治罪。《大清新刑律》在分则第34章中将侵占罪作为类罪加以明确；在第34章中的第370条、第371条、第372条中均将"侵占"二字明确予以规定，侵占罪在中国刑法史上第一次明确地规定于刑律之中，并且也是第一次与盗窃罪分离，分别定罪量刑。其中，盗窃罪规定于分则第32章，而侵占罪规定于第34章，属于不同类罪。（2）刑罚轻刑化。由于受欧美刑事立法的影响，《大清新刑律》关于侵占罪的刑罚只规定了自由刑和罚金刑，摈弃了死刑和肉刑。如普通侵占罪规定了三等至五等有期徒刑；公务或职务侵占罪也只规定了二等或三等有期徒刑，不像唐律、明律，官吏监守自盗达到一定数额要处以死刑；侵占遗失物、漂流物罪只规定罚金刑。值得一提的是，《大清新刑律》中已没有监守自盗的规定，由于监守自盗罪的罪状及特征与公务侵占罪罪状及特征相同，已将监守自盗归入公务侵占罪中，对公务侵占罪的量刑也就意味着对监守自盗的量刑，显然，《大清新刑律》对类似于监守自盗行为的处

罚比唐明律的处罚要轻得多，这一点典型地体现了《大清新刑律》关于侵占罪刑罚轻刑化之特点，揭开了侵占罪轻刑化历史上新的一页。(3) 侵占罪的犯罪对象范围有所扩大，不仅指他人财物，而且还包括禁止私人拥有之物（如违禁品等）；不仅包括有形之物，而且还包括无形之物（如电气等)。《大清新刑律》将电气作为侵占罪之犯罪对象在中国刑法史上尚属首次。这也说明，社会的发展，刑法的进步，刑法对财产的保护将愈来愈广泛。(4) 明确了合法占有他人财物的依据，且这些依据非常广泛。《大清新刑律》第370条规定，合法取得他人财物占有的依据是法律规定和合同约定。这里的合同约定没有限定，包括一切可以合法取得他人财物占有的契约，如借贷、保管、寄托、托运、典当、抵押、质押、委托加工等契约。除上述依据外，根据第372条的规定，还包括因自己错误而善意取得他人财物的情形或因他人错误而交付于自己的他人财物的情形。(5) 首次明确规定了侵占罪未遂的也以犯罪论处的内容。《大清新刑律》第373条规定，普通侵占与公务侵占未遂的，以犯罪论处。唐明律均无此明确规定。(6) 侵占自己的财物也照样构成侵占罪。《大清新刑律》第375条及第356条规定，侵占他人依共有权、质权及其他物权或公署之命令而以善意所管有之自己共有物或所有物者，处其价额二倍以下价额以上之罚金。也就是说，侵占自己的财物在某种情况下也是犯罪行为，例如，自己所有物已受公署查封而归自己保管者，将之隐匿、转移、毁损等行为就是犯罪。这样的规定在中国刑法史上也尚属首次。(7) 规定了侵占罪免刑和告诉才处理的情形。《大清新刑律》第375条和第360条规定，直系亲属、配偶或同居亲属之间犯第356条之罪即侵占自己共有物或所有物之犯

罪的，免除刑罚处罚。上述亲属以外的其他亲属犯第356条之罪的，须告诉乃论。尽管侵占罪告诉乃论只限定于第356条规定的侵占罪，而不是全部侵占罪，但这一观念还是有进步意义的，为以后侵占罪更为广泛地适用告诉乃论创造了基础性条件。

北洋军阀统治时期，袁世凯北京政府于1912年制定并公布实施了《中华民国暂行新刑律》，但这部刑法除与民国国体抵触各条文失效以外，其余条文暂行援用《大清新刑律》，与民国国体抵触的条文是指帝室之罪全章及内乱罪之死刑。[1] 可见，《中华民国暂行新刑律》关于侵占罪之规定与《大清新刑律》相关规定是一致的，没有变化。

国民党政权建立之初，一度沿用北洋政府时期的《暂行新刑律》，但毕竟统治的背景有所变化，所以，对刑律的修改已成为必然。1915年和1918年共进行了两次刑法修正。从《中华民国刑法修正案》来看，关于侵占罪的规定，罪状部分没有实质改动，只是就刑罚和告诉乃论部分作了修改补充。如“修正”案第335条规定：“意图为自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物者，处五年以下有期徒刑、拘役或科或并科一万元以下罚金。前项之未遂犯罚之。”第336条规定：“对于公务上或因公益所持有之物，犯前项第一条之罪者，处一年以上七年以下有期徒刑，得并科五万元以下罚金。对于业务上所持有之物，犯前条第一项之罪者，处六月以上五年以下有期徒行，得并科三万元以下罚金。前二项之未遂犯罚之。”第337条规定：“意图为自己或第三人不法之所有，而侵占遗

① 参阅周密著：《中国刑法史》，群众出版社1985年3月版 第383页。

失物、漂流物或其他脱离本人所有之物者，处五千元以下罚金。”晚清刑律及暂行新刑律关于侵占罪的刑罚只规定了自由刑，“修正案”对侵占罪除规定自由刑外，还首次增加规定了单科或并科罚金刑，说明立法者开始注意到对贪财犯罪的经济惩治手段的运用，打击到罪犯的心痛之处、要害之处，不让罪犯在经济上占便宜。“修正案”对告诉乃论的亲属范围作了限定，同时扩大了侵占罪告诉乃论的适用范围，如“修正案”第324条规定，“五亲等内血亲或三亲等内姻亲之间犯本章之罪者，告诉乃论”。暂行新刑律没有亲等限制，且只适用于侵占自己共有物或所有物之侵占罪。显然，“修正案”扩大了适用告诉乃论的侵占罪之范围，说明这类案件的社会危害程度较轻微，由被害人把握是否起诉的权利，这对缓解当事人矛盾，节约诉讼成本是有利的。有学者评价认为，“修正案”是民国“最科学最完备最进步的一部刑法典”,① 以至于国民党政府于1928年制定颁布的《中华民国刑法》（现已废止）以及于1935年修正公布的新《中华民国刑法》（正在施行）关于侵占罪的规定与“修正案”之相关规定中罚金刑的罚金数额是不同的，如“修正案”中普通侵占罪的罚金数额为1万元以下，公务或业务侵占罪的罚金数额为5万元以下，侵占遗失物罪的罚金数额5千元以下，1935年的《中华民国刑法》关于上述罚金数额分别减掉10倍，即依上述顺序分别为1千元以下、5千元以下及5百元以下。除罚金数额不同外，其余完全相同。值得提出的是，如果说普通侵占罪和公务侵占罪单科或并科罚金刑只是在“修正案”作为议案提出的话，那么，正式的立法则首次

① 参阅杨鸿烈著：《中国刑法发展史》，第1513页。

体现于国民党政府于1928年制定颁布的《中华民国刑法》第30章第356条和第357条当中。

我国抗战和解放战争时期，革命政权也曾对侵占罪进行了立法。如1942年《晋察冀边区破坏坚壁财物惩治办法》规定："侵占代他人坚壁之财物者，"处二年以上七年以下有期徒刑，得并科二千元以上之罚金。"因敌寇汉奸变更坚壁财物之位置，藉口拾得而侵占之者"，处二年以下有期徒刑，和并科五百元以下之罚金。侵占拾得财物经动员说服自愿交出者，得减轻或免除其刑。《晋冀鲁豫边区惩治盗毁空室清野财物办法》也规定："因敌伪扰乱未及携带埋藏而弃置之财物，经人拾得而坚不退还者，依侵占罪论。"《渤海区处理敌人扫荡期间窃盗案件暂行办法》规定："为公家保存粮食财物，借口扫荡损失，实行侵占者，处六个月以上五年以下有期徒刑，得并科五百元以上五千元以下之罚金。"《苏皖边区惩治叛国罪犯（汉奸）暂行条例》规定："凡明知叛国罪犯之财物而侵占隐匿者，除将其隐匿之财产追缴外，并处以侵占公物罪。受叛国罪犯之委托，代为隐匿者亦同。"1946年，《辽西区行署关于没收财产问题的决定》中规定，没收之财产一律缴回国库，不得私擅留用。不经批准擅自留用者，以"侵占公物论处。"1948年《晋冀鲁豫边区惩治贪污条例》规定：在土地改革中，"侵占群众斗争果实及依法应行交公之古董、图书等物者，"依侵占数目多少和影响大小，酌量处刑。① 从以上规定可以看出，战争时期的立法总是与战争有一定联系，这个时期的侵占罪立法有以下几个特点：（1）占有他人财物的依据因战争环境而变得简单。战

① 参阅张希坡编：《中华人民共和国刑法史》，中国人民公安大学出版社1998年7月版 第649－650页。

争环境下，财产关系不会正常、有序、顺利地建立，立法者也无暇顾及，而只能对涉战的侵占行为加以惩治，以确保根据地秩序稳定。在这种背景下，占有他人财物的依据自然也就简单了，如上述规定的“拾得”、“为公家保存公粮”、“受叛国罪犯之委托”等就是占有他人财物之依据。(2) 因侵占对象的不同而设立侵占罪和侵占公物罪。侵占对象如果是私人财物的，以侵占罪论处，如因战乱未来得及埋藏而弃置之财物，拾得人拾得后拒不归还的，以侵占罪论。侵占对象如果是赃物、没收之物及应交公之物，则按侵占公物罪论处，如“明知叛国罪犯之财产而侵占隐匿者，……处以侵占公物罪”、擅自留用没收之财产，以“侵占公物论处。”(3) 侵占行为不限于非法据为己有即侵吞，还包括隐匿、擅自留用等行为。如上述隐匿叛国罪犯财产、擅自留用没收之财产即属这种情况。(4) 首次提出侵占罪以“坚不退还”为构成要件。以前的法律均以有侵吞行为就足以构成侵占罪了，而《晋冀鲁豫边区惩治盗毁空室清野财物办法》规定，拾得他人因战乱而弃置之财物而坚决不退还的，构成侵占罪，也就是说，仅有意图非法据为己有的行为（侵吞）还够不上侵占罪，必须经财物所有人索要，而拾得人拒不归还的，才构成犯罪，显然，这种规定限制了侵占罪的适用范围，具有一定的谦抑性。

新中国成立后，在对《中华人民共和国刑法》起草时，曾在第22稿和第23稿中在侵犯财产罪这一章里规定了一条侵占公私财物罪，但在修订中考虑到国家工作人员或受国家机关、企事业单位、人民团体委托从事公务的人员利用职务上的便利侵占公共财物的，要按贪污罪论处，剩下的其他侵占公私财物

的行为数量一般比较少，可以不作犯罪处理，故将此条删除。[①] 我国1957年施行的治安管理处罚条例规定，侵占公私财物的行为予以行政处罚。可见，当时侵占公私财物的行为不是犯罪行为。修订刑法时，之所以没规定侵占罪的根本原因是：第一，历史和经济条件的限制。我国当时的经济形式属于产品经济和计划经济，一切生产、流通均由国家统购统销，按计划分配。在制造、加工、服务等行业中，几乎没有私有经济成分，个人与单位、个人与个人之间在寄托、保管、运输、抵押、质押等领域中所建立的财产关系也寥若晨星，这就使得合法占有他人财产的机会大大降低，侵占行为的发生失去了存在的前提。第二，物质财富不丰富，人们消费水平低下，权利观念淡漠。我国生产力的发展水平在改革开放前还很低下，人们日常生活消费水平非常低，除维持日常生活外，几乎没有结余，在这种情况下，即使发生了侵占行为，由于侵占数额较小，人们懒得诉诸法律，再加上这类案件当时按民事纠纷处理，[②] 所以，一般以为是民事案件，绝不会想到并且也不希望对侵占行为人进行刑事处罚。此外，人们的伦理观念往往是重义轻利，这就在很大程度上阻碍了人们为此而希望向法院主张自己权利的愿望。上述因素强烈地淡化了国民的权利观念，因而也淡化了法律观念和意识；淡化了的权利观念和法律意识又不利于对立法的呼唤，极大影响了立法者的立法指导思想，导致1979年刑法没有规定侵占罪。

随着商品经济的迅猛发展，社会上已开始出现一些侵占他

① 参阅高铭暄编著：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社1981年版 第213页。

② 参阅李淳、王尚新主编：《中国刑法修订的背景与适用》，法律出版社1998年1月版 第351页。

人财产案件，但由于刑法无侵占罪的规定，所以，对这类案件往往以类推判决侵占他人财产案，例如，1990 年 2 月，最高人民法院第一次以类推判决侵占他人财产案。① 如果说少数侵占他人财产案适用类推判决还可以的话，大量侵占案件的出现再适用类推判决案就不适宜了。随着经济体制改革的不断深入，私有经济的飞跃发展，物质财富的丰裕，消费水平的提高，侵占公民个人财产的行为必然大大地增加，其社会危害性也今非昔比。因为在商品经济关系中，物的流通形式具有复杂化，多样化的特点，表现之一就是物之所有权与占有权等其他物权可常常处于分离状态，行为人已经合法取得他人财产的占有权，却未同时取得对该物的所有权；物之所有权仍然属于原物主享有，但物主却未对物处于实际控制状态。因此，该物的合法占有人有按物主的意思正当履行其占有的义务，这一特点是构成侵占罪的前提。当商品经济不断发展时，财产关系也会不断丰富而日趋复杂，人们借用各种财产关系及其上升为的法律关系来达到各自的经济目的，诸如委托运输、保管、加工、制造、寄存、抵押、质押、典当等财产关系均可为建立关系的当事人达到经济目的。上述这些财产关系均会造成所有权与实际控制权的分离，因此，这些财产关系越是活跃，所有权分离的情况越会大量出现，从而使侵占罪发生的机会就会不断上升。由于人们消费水平的提高，人们所拥有的财产数量、价值也不断提高，导致了过去在民间一般很少发生的高数额的侵占情况现在却时常发生。同时，随着客观情况的变化，国民的权利观念也在不断变化，维权意识越来越浓烈，逐渐意识到法律

① 参阅：《中华人民共和国最高人民法院公报》，1990 年 1 期 第 28－29 页。

对保护其财产权的重要性，开始呼唤法律，立法者为维护经济秩序确保财产法律关系有序地、诚实信用地操作，充分全面地保护公私财产权利，关于侵占罪的立法便呼之欲出了。正如美国著名法学家所说："法律也必须服从发展所提出的正当要求。一个法律制度，如果跟不上时代的需要要求，而且死死抱住上个时代的只有短暂意义和观念不放，那么是没有什么可取之处的。"① 针对集体企业、私营企业、外商独资企业里，高级管理人员侵占企业财物的行为日益增多；个人合伙企业里的合伙人将自己管理的共有财物非法转为己有有现象也时有发生，侵占数额少则几万元，多则十几万，甚至上百万元，如此严重的侵占行为，大大超出民法调整范围，所以，不能不考虑运用刑事手段来调整问题。1992 年 12 月，全国人大常委会《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》规定了企业的人员侵占本企业财物罪。该决定第一次以立法的形式明确规定了"侵占罪"这一犯罪形式，标志着我国刑法的一种新的侵犯财产犯罪罪名的产生。但是，该决定规定的"侵占罪"实际上是职务侵占罪，而不是普通侵占罪。为了弥补这一缺欠，1997 年 3 月颁布的新《中华人民共和国刑法》第 270 条明确规定了普通侵占罪和侵占遗忘物、埋藏物罪，又于第 271 条明确了职务侵占罪的规定。

综观侵占罪立法的历史沿革，我们可以得出以下几个结论：

（一）侵占罪作为一种财产犯罪，其立法的产生与发展与一定社会形态的财产关系及其复杂程度以及商品经济发达程度

① 参阅［美］E·博登海默著：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译 华夏出版社 1987 年版 第 311 页。

密切相关。没有财产关系，就很少会发生合法占有他人财产的情况，也就很少会有侵占行为。公元前 20 世纪乌尔第三王朝时期就有典当、保管等财产关系，因而在《俾拉拉马法典》中就有侵占罪罪状的规定。我国战国时期就有拾得遗失物可以合法占有的财产关系，但据为己有的是犯罪，所以，有“拾遗者诛”的规定。社会的发展带动了财产关系的复杂，特点是商品经济的发展，财产所有权和占有权的分离，促成了多种财产关系的产生，人们合法占有他人财产的依据越来越多，因而造成侵占行为发生的概率就越来越高，自然，对侵占罪的立法也就丰富起来，侵占罪的种类也就多了起来。外国的古罗马和我国唐朝的相关立法就是十分典型性的例证。近现代资本主义国家商品经济高度发达，侵占罪的立法也相对完善，在立法形式上比罗马法又跨跃一大步，如侵占罪表述的抽象化、侵占罪种类的细致化和确定化等。这说明，侵占罪的立法随着社会经济及政治的发展而发展，并在人们对所有权关系认识的不断拓展和深化的过程中得到丰富和完善。它的发展与完善反映了不同时代对财产权保护的不同要求，同时，它也反映了这种社会要求的差异是以社会商品经济的发达程度为基础。侵占罪的内涵和外延随一定社会形态的财产关系的复杂化、丰富化而发展变化。

（二）侵占罪的立法历史悠久。侵占罪作为一种古老的犯罪形式，它的罪状早在公元前 20 世纪的《俾拉拉马法典》中就有所规定；我国历史上侵占罪罪状早在公元前战国时期的《法经》中也有所体现。尽管这种罪状早已客观存在，但当时的法律并没有赋予其独立的罪名，而是将其与盗窃罪混同一起，作为对盗窃罪罪状的补充而以盗窃罪命名的。如罗马法将

盗窃分三种形式：(1) 物品盗；(2) 使用盗；(3) 占有盗。其中的使用盗也即“盗用”或“窃用”就是侵占罪之罪状。我国古代把盗窃分为一般盗窃和监守自盗，监守自盗类似于现代的公务侵占罪。随着人们认识水平的提高，发现盗窃与侵占的罪状有重大区别，两者无论在客观方面还是社会危害性方面均有所不同，如果再混在一起，既不符合罪刑法定原则，也有失罪刑均衡。因此，近现代大陆法系的资本主义国家刑法几乎均将侵占罪罪状从盗窃罪中分离出来，作为独立的罪状，以专门的条款或章节明确以侵占罪规定于刑法中。没有侵占罪罪状的悠久存在就不会有盗窃与侵占行为的分离，也可能就没有今天的侵占罪罪名。从这个意义上讲，侵占罪的立法早在公元前就存在了，只是当时没有明确其罪名而已。

(三) 侵占罪种类较多，重心突出。从侵占罪立法的发展史上看，侵占罪的表现形式具有多样性，这种多样性是由财产关系复杂性决定的并是形成了侵占罪分类的基础。公元前20世纪的乌尔第三王朝时期，社会的财产关系就已相当复杂，所以，《俾拉拉马法典》关于侵占罪表现形式的规定是较多样性的，因而出现了侵占罪的二个类型，即普通侵占罪和公务侵占罪。这两种犯罪规定于该法典第36条和第50条上。第50条虽将脱离物作为公职人员侵占罪的犯罪对象，但该条是独立罪名，只能认定一罪，即公务侵占罪，而不能再从中分离出侵占脱离物罪来，因此，该法典没规定侵占脱离物罪，但是，把脱离物作为犯罪对象却给后世的立法产生了启示作用。罗马时期，罗马法没有规定公职人员侵占罪但却规定了侵占公款罪，后者没有特殊主体要求，因而不能称之为是公务侵占罪。与乌尔第三王朝不同的是，罗马法关于侵占罪规定了三个类型：

(1) 普通侵占罪、侵占公款罪及侵占脱离物罪。到了近现代，侵占罪的类型更多，除了三个基本类型，即普通侵占罪、公职人员侵占罪及侵占脱离物罪外，有的基本类型里还可分出若干个具体罪名，如公职人员侵占罪可分出公务侵占罪、公益侵占罪及业务侵占罪；侵占脱离物可分出侵占遗忘物罪、侵占埋藏物及侵占漂流物罪。[①] 我国历史上侵占罪的种类也较多，最先产生的是战国时期《法经》规定的侵占遗失物罪即“拾遗者诛”，其后产生的是秦律规定的普通侵占罪和公务侵占罪，即“有债于公”、“府中公金钱私贷用之。”到了汉唐明清，侵占罪的种类更加繁多，表现于侵占罪规定于“盗律”、“杂律”、“厩库律”中，罪名有“监守自盗”、“守掌在官财物”、“库秤雇役侵欺”、“转解官物”、“监主借官奴畜”、“隐匿孳生官畜产”、“假借官物不还”、“监主贷官物”、“监主以官物借人”、“私借钱粮”、“私借官物”、“受寄物费用”、“负债违约不偿”、“得宿藏物”、“得阑遗物”[②] 等。可见，封建社会刑律中的侵占罪种类很多，但基本上源于公务侵占罪、普通侵占罪和侵占脱离物罪这三种类型。我国台湾地区的刑法也规定了上述三个基本类型的侵占罪。

从刑法史上看，侵占罪虽种类较多，但重心突出，这一点外国和我国的情况不尽一致。外国刑法中的侵占罪是以普通侵占罪为重心的，表现在以下两个方面：(1) 侵占罪的立法一直以普通侵占罪为主线。普通侵占罪自《俾拉拉马法典》规定以来，历经各个历史时期的刑法均将其作为犯罪来规定，如罗马

---

① 参见我国台湾地区刑法第 31 章第 335 条、第 336 条、第 337 条。
② 参阅 [清] 薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版“贼盗卷”、“杂律卷”及“厩库卷”的相关内容。

法、中世纪德意志法、近代法国、德国刑法等。而公务侵占罪和侵占脱离物罪不是每个历史时期刑法都有规定的，如公务侵占罪虽产生于《俾拉拉马法典》，但《汉穆拉比法典》、罗马法、中世纪德意志法却没有规定该罪。到了近代，法国、瑞士、意大利等国刑法才有所规定，但德国刑法却没有规定。再如，《汉穆拉比法典》首次规定了侵占脱离物罪，但到了罗马时期，罗马法没有规定此罪；而到了中世纪直至近现代，侵占脱离物罪几乎为各国刑法所规定。可见，唯一没有中断的立法就是普通侵占罪之立法。这主要是因为国外的商品经济发展一直就没有中断过，而普通侵占罪一直衍生于商品经济，并伴随商品经济的发展而呈现出普通侵占行为方式的多样化，所以，这方面的立法不但没有中断，而且一直在得到强化。(2) 普通侵占罪是公务侵占罪存在之基础。近代以后，公务侵占罪得到了明确的规定，而大陆法系资本主义国家和地区刑法几乎均将公职人员、业务人员犯普通侵占罪的，以公职人员侵占罪论处，且处刑比普通侵占罪要重。如瑞士刑法第 140 条第二款、意大利刑法第 646 条第三款、韩国刑法第 356 条、台湾地区刑法第 336 条等国家和地区刑法相关规定均有公职人员、业务人员“犯前款”罪的，处……刑罚的表述，而前款是指普通侵占罪。公务侵占罪之所以能以普通侵占罪为基础，是因为它们有一个共性，即无论什么人均合法占有他人财产然后非法据为己有，且公务侵占罪的犯罪对象也包括私人财产，所不同的是犯罪主体和合法占有他人财物的原因。正因为两者之间的共同点，才使得普通侵占罪成为职务侵占罪之基础。

中国历史上刑法中的侵占罪是以公务侵占罪即监守自盗为重心的。表现在以下几个方面：（1）监守自盗自秦律规定以

来，以后的各朝代的刑法均有所规定，而侵占遗失物罪不是每个朝代刑法都规定的，如战国时期有“拾遗者诛”之规定，但秦律没有侵占遗失物的规定。(2) 监守自盗虽然与普通侵占罪同是产生于秦律之规定，并且其后的各历史朝代的刑律也都同时规定了两者，但立法者对两者的偏重程度不同，表现在：第一，对监守自盗往往施以严刑峻罚，最高刑是死刑，是历代封建王朝打击的重点；而普通侵占罪的处刑一般较轻。第二，历代刑律均将监守自盗规定于“贼盗律”中，而将其他侵占罪规定于“杂律”、“厩库律”中，“贼盗律”比后两者重要，在顺序上排在后两者之前。第三，将一些本属普通侵占的行为划归到监守自盗中进行惩治。如“库秤雇役侵欺”，雇役不是真正主守之人，但若侵占公家的钱粮，以监守自盗论。① 明律中将“守掌”、“雇役”、“解役”等非真正主守之人的侵占均规定为监守自盗。中国古代之所以侵占罪以监守自盗即公务侵占罪为重心，是因为自古以来封建统治者就奉“子为政焉用杀”为圣言。②监临主守非官即吏，他们与平民百姓不可比，是知法守法之人，竟置法于不顾而故意犯罪，其罪行甚重，应予严惩。虽然官物的保护也是职务侵占罪居于重心的一个因素，但这个因素的重要程度因不同朝代而异，正如沈家本所说：“窃盗之罪，唐不分官私，故无盗官物专条也。明事事以官私分别，其宗旨遂歧出矣”。③ 可见，唐朝的监守自盗其价值取向是针对官吏；明朝的监守自盗其价值取向是双向的，既针对官吏，又针对官物。从明朝将非真正主守之人，如“守掌”、“雇役”等

① 参阅［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年 1 月版 第 388－389 页。
② 参见沈家本著：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版 第 1862 页。
③ 参见沈家本著：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版 第 1862 页。

只要从事官物的保管或运输，并侵占官物的行为一律按监守自盗论处的情形看，也证明了明朝监守自盗规定的价值取向。尽管不同朝代对保护官物的重视程度不同，但有一个共同点，那就是，对实施盗窃（侵占）行为之官吏进行严厉惩处。所以，从严治吏的思想是监守自盗居于侵占罪之重心地位的重要原因。另一个原因是中国古代的商品经济不很发达和活跃，因而造成了所有权与占有权的分离机遇也相对不多，物没有尽其用，“合法占有，非法所有”的现象不严重，不足以引起封建统治者高度重视，所以，不会做为立法之重点。

（四）刑罚由重到轻，呈现轻刑化趋势。综观中外刑法史，最初立法对侵占罪的处罚是严厉的，最重可以判处死刑，如《汉穆拉比法典》第16条、第19条；《摩奴法典》第8章第33项；《法经》中的“拾遗者诛”、汉律中的“主守而盗，直十金弃市”等都是对侵占罪处死刑的规定。较重的刑罚可以处肉刑，如《中亚述法典》第9条、唐律中“私借官奴笞五十”、“借驿马杖一百”等都属于肉刑。随着社会发展，文明的进步，侵占罪逐步废除了死刑和肉刑，而逐步为自由刑和罚金刑所替代。到了近现代，几乎所有国家刑法的侵占罪都没有规定死刑和肉刑，而是自由刑或罚金刑，不仅如此，有些国家刑法规定亲属之间之侵占行为告诉才处理，如日本刑法第255条、韩国刑法第361条等。我国现刑法规定，普通侵占罪、侵占遗忘物、埋藏物罪告诉才处理，比亲属之间侵占告诉才处理则更为谦抑。从上述情况看，侵占罪的刑罚呈明显的轻刑化趋势，是一个历史性的进步，符合世界刑罚发展的历史规律。

第二节 侵占罪立法之比较

在本章第一节笔者对侵占罪立法沿革的描述中，也曾对中外古近代各历史时期的侵占罪立法进行了纵向比较，指出了各自的长处和弊端，阐述了某些立法的可借鉴之处。在本节里，笔者着重对中外现代侵占罪立法进行横向比较，目的是发现弊端，寻找长处和可借鉴之处，以利于完善我国侵占罪之立法。

一、各国刑法关于侵占罪立法之概况及评析

当今世界绝大多数国家在其刑法中都有关于侵占罪的规定。虽然各国的刑法对侵占他人财产行为的规定在方式上不尽相同，但无论社会主义国家还是资本主义国家，也无论是大陆法系国家还是英美法系国家，在其刑法中对侵占他人财产的行为都有某种规定，这一点是共同的。但是，由于各国的历史情况不同，在侵占罪立法的方式上略有不同，有以下几个方面的表现：

（1）英美法系国家刑法仍将侵占罪规定于盗窃罪当中，例如，美国《模范刑法典》将侵占罪规定于第 223 章“窃取罪及相关连之犯罪”之中的第 223? 5 条和第 223? 8 条；英国《1968 年盗窃罪法》第 3 条第 1 款规定了侵占罪之罪状；加拿大刑法第 292 条规定了盗用保管之金钱罪，名为盗窃实为侵占；香港地区刑法典第 10 条第 1 款第 3 项第 4 目明确规定了托管人挪占财产构成盗窃罪等等。这种罪名整合式的规定其好处在于：刑法保护他人财产所有权的价值取向是同一的，反映了立法者对他人财产所有权同等重视程度；控诉机关指控犯罪

无需选定两罪中的特定一罪，免去了辨认罪名的工作难度，节省了诉讼时间和成本，从而在操作上更容易一些。但这种规定也有明显弊端，即忽视了罪责刑一致原则，因为两罪构成要件不同，社会危害性不同，适用同一刑罚势必会导致刑罚的不公正，而且这将对刑法的价值取向有重大负面影响，其弊大于利。

大陆法系国家刑法几乎均将侵占罪从盗窃罪分离出来而独立定罪，除西班牙和意大利刑法将侵占罪列入诈欺罪的章节之下外，其他国家刑法均单独、明确地规定了侵占罪，如在法条中明确有“侵占”二字；格陵兰刑法第 80 条甲款和泰国刑法第 352 条则直接将“侵占罪”三字规定于法条中，此乃比较少见。大陆法系国家刑法对侵占罪这种独立、确定性的规定有助于体现罪刑法定原则，对公正执法和防止司法擅断有积极意义。

（2）从该罪在刑法分则中的状态来看，大多数国家或地区采取单独条文设定侵占罪，如瑞士、奥地利、德国、韩国、法国、日本、巴西、我国台湾地区等刑法即是。

（3）从该罪所处的规范种类上看，绝大多数国家采用禁止性规范，即要求不得为一定行为的方式规定侵占罪，例如，“侵占他人财产的，处……”、“非法处置或使用他人财产的，处……”，等，这些都是禁止性规范。少数国家采用命令性规范，即要求必须为一定行为的方式规定侵占罪，例如，“拒绝归还合法占有的他人财物的，处……”、“负有支付或处分之法律上的义务而不为所需之支付或处分时，犯窃取罪”、“将代管财物非法据为己有，拒不归还的，处……”等，这些都是命令性规范，美国、韩国、西班牙、中国等国家刑法采用命令性规

范规定侵占罪。采用命令性规范规定侵占罪在有些情况下比禁止性规范更为谦抑，适用范围较小，如“将合法占有的他人财物非法据为己有”这本是禁止性规范，在大多国家刑法中，有上述这个行为就已构成侵占罪了，但有些国家还要在其后面加上“拒不退还”才构成侵占行为，也就是说，仅有侵吞合法占有的他人财产的行为尚不构成犯罪，还必须经索要拒不退还才构成侵占罪。显然，命令性规范比禁止性规范的侵占罪适用范围要小。适用命令性规范还是禁止性规范规定侵占罪是由一国之刑事政策决定的，如果要放宽侵占罪的适用条件，体现刑法关于此罪的谦抑性，那就用命令性规范规定之；如果对侵占罪的适用条件从严要求，那就采用禁止性规范规定之。

(4) 从侵占罪的罪状规定看，尽管所有国家和地区刑法均采用叙明罪状规定侵占罪，但抽象程度有所差异。有的国家刑法规定较抽象、简炼、明确，将犯罪主观方面、犯罪行为及侵犯对象扼要地描述，如德国刑法即属此情形。有的国家刑法规定较具体、繁杂，主要表现于侵占行为和犯罪对象的罗列上，如有国家刑法侵占罪的犯罪行为列举为“欺骗占用”、“造成财产损失”、“非法使用”三个行为（格陵兰），还有些国家刑法在侵占罪中既规定了“侵占”行为同时又规定“使用”行为（印度），两者用“或者”联接起来，是一种选择关系。实际上，侵吞、非法使用、非法处置、造成损害等都是侵占行为的具体表现形式，只规定“侵占”二字就可以了，规定多了等于重复，与立法技术不符。犯罪对象的规定也是这样，有些国家刑法对侵占罪的犯罪对象采取列举式（美国、法国、西班牙、格陵兰等），实际上，财物可分动产与不动产，只要有“动产”二字就可以了，不要在“动产”后面才列举属于动产性质的名

称和种类，诸如现金、有价证券等，但是，如果在“动产”后面所列举的财产同属动产，而且该财产表明合法取得他人财产的特定依据，进而说明侵占罪的不同情况的，则另当别论，如德国刑法中，一般管理物属动产，委托管理物也属动产，但对委托物的侵占除侵犯他人财产权外，还破坏了诚实信用关系，因而比普通管理物的侵占要严重，所以，列举委托物不是对一般管理物的重复，而是有其特定刑法意义。总之，对侵占罪较抽象地规定有助于刑法对该罪名规定的稳定性，因为社会发展过程中还会出现许多新情况新问题，这样，抽象地规定便于适应社会发展所遇到的新情况新问题，给正确的司法解释留有余地；不足之处在于普通公民不能准确地把握其内涵外延，限制了人的自由，还可能给不正确的司法解释提供缝隙。因而，一国是否采取抽象地规定取决于公民法律意识的高低、法官执法水平高低以及法律文化等诸多因素。

二、国外侵占罪立法之借鉴

综观各国刑事立法，多数国家刑法关于侵占罪之规定从条文结构到条文用语表述一般都比较讲究科学，明确严谨，便于运用。值得我国刑法借鉴的有以下几方面：

（一）世界很多国家刑法典在侵占罪条文前设立标题，概括地明示该条条文的内容，使人一目了然，如瑞士刑法第140条正文前有“侵占”二字作为该条之标题；第141条正文前有“侵占自己取得或发现之物”文字作为该条文之标题；再如美国《模范刑法典》第223．5条正文前有“关于遗失物、遗忘物、误送物之窃取罪”文字作为该条文之标题；第223．8条正文前有“由于不法处理委托资金之窃取罪”文字作为该条文

之标题。除上述两国外，奥地利、德国、意大利、韩国、香港地区、澳门地区、日本、加拿大、英国、俄罗斯等国刑法也均采用上述方式规定侵占罪。条文前设立标题是一项进步的立法技术，它有助于促进立法的成熟、规范和科学，也有利于司法实践对条文的准确把握和正确适用，标题也是罪名，这对统一司法极其有利。[①] 此外，设立标题也是贯彻罪刑法定原则的直接的、重要的体现。我国刑法第 270 条、第 271 条正文前也应借鉴国外这一立法技术，当然这种借鉴不能只限于上述两个条文，应当在刑法分则涉罪条文中全部采用正文前设立标题的做法，以与刑法第 3 条规定的罪刑法定原则相适应。

（二）世界上绝大多数国家刑法凡是将脱离物的侵占规定为犯罪的，均独立设置专门条文规定之，而不是在普通侵占罪条文内另设一款规定之。这种一罪一条或一条一罪的规定方式便于弄清一罪和数罪的界限，有助于正确定罪量刑。综观各国刑法规定，侵占遗失物、遗忘物、埋藏物等脱离物的犯罪均是独立罪名，且这种犯罪的法定均比普通侵占罪要低，这是因为两者的社会危害性不同：第一，普通侵占罪中的合法取得他人财物的行为往往是基于契约或法律的规定，合法占有他人财物然后再非法据为己有的行为不仅侵犯了他人财产所有权，而且还破坏了诚实信用关系，阻碍了商品经济的顺利发展，危害严重；侵占脱离物犯罪中，合法占有他人财物的行为往往没有经过财物所有人或管理人的授权，两者没有诚实信用关系，因而，拾得脱离物后非法侵占的行为只是侵犯了他人财物所有权，而不产生破坏契约中的诚实信用原则的问题，自然也就不

① 高铭暄主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年 12 月 第 274 页。

会阻碍商品经济的发展，因而危害性相对较小；第二，普通侵占罪中，被害人一般没有过错，而侵占脱离物犯罪中，被害人一般因粗心大意、保管不善而造成财物的遗忘或遗失，因而有一定的过错，从而也降低了侵害者的主观恶性和人身危险性，因此，侵害者的侵占行为比普通侵占行为的危害性要小一些，这就决定了对其刑罚处罚要轻一些；第三，两者之间在犯罪构成要件上也有显著不同，普通侵占罪侵犯的客体是他人财产所有权、诚实信用关系及商品经济秩序，是复杂客体，侵占脱离物罪侵犯的客体仅是他人财产所有权，是简单客体；普通侵占罪侵犯的对象是侵害人基于合同和法律从财物所有权人或保管人那里取得占有的财物，而侵占脱离物罪的犯罪对象是基于侵害人拾得行为而获得的他人脱离物；普通侵占罪中，占有他人之物是基于合同或法律行为，而侵占脱离物罪中，占有他人之物是基于拾得行为。因此，应设立单独的侵占脱离物罪。我国刑法没有把侵占遗忘物、埋藏物的行为单独设一个条文定罪处罚，而将其作为第 270 条中的一款加以规定，并且以普通侵占罪的刑罚处罚，容易造成两罪认识上的混同，而且还会产生罚不当其罪的不公正的后果。有鉴于此，我国刑法应借鉴国外相关立法，将侵占遗忘物、埋藏物等脱离物罪从第 270 条分离出来，独设一个条文，规定独立的罪名和相对较轻的法定刑，以适应刑法规定的罪责刑相适应原则。

（三）有的国家刑法将侵占遗忘物、遗失物、埋藏物、隐藏物、漂流物、逃逸物等归入到侵占脱离持有物罪中（日本刑法即是），这种规定反映了上述财物的共同属性，即这些财物的拾得者均对之没有所有权，而且拾得后具有保管义务和返还义务，拾得者侵占上述财物的，构成侵占脱离持有物罪。我国

刑法只规定了侵占遗忘物、埋藏物罪，但对侵占遗失物等是否构成犯罪尚无明确规定，理论界对此也有争议。持否定说的观点认为，遗忘物与遗失物有区别，既然刑法没有明确规定遗失物可作为犯罪对象，且受罪刑法定原则的制约，因而侵占遗失物的不构成犯罪。[1] 事实上，刑法中“代为保管”的本质是，保管人对保管物没有所有权，在占有他人财物期间对他人之物有保管义务，且经合法权利人索要财物时有返还该财物的义务，而遗忘物与遗失物一样，拾得者对拾得的遗失物没有所有权，在占有遗失物期间负有保管义务，在权利人索要时有返还该遗失物之义务，可见，占有遗失物与占有遗忘物一样完全符合代为保管之属性，如果拒不交出遗失物，同样对失主财产所有权构成侵犯，因而，占有遗失物后又非法据为己有，数额较大的，完全符合侵占罪的构成要件。我们不能以失主对遗忘物与遗失物的控制程度强弱作为划分罪与非罪标准，也不能将遗忘物与遗失物绝对对立起来，因为两者有时并不能以某一标准划分得十分清晰。基于两者同属于“代为保管”的范畴，也只能以失主所有权是否受到侵害作为划分罪与非罪的标准。有些国家诸如德国、日本、美国等也把遗失物作为犯罪对象加以规定。从目前看，侵占遗失物虽然不能套用第 270 条第 2 款加以认定和处罚，但还是可以用第 270 条第 1 款加以认定的，即对遗失物也属于代为保管的他人财物，如果数额较大，拒不退还的，符合侵占罪的构成要件，依第 270 条第 1 款定罪处罚。但问题是，虽然对侵占遗失物定罪处罚有了依据，但毕竟对该罪依第 270 条第 1 款处罚有罚不当其罪之嫌，因为遗失物的主人

① 黄祥青：《侵占罪若干适用问题探析》，载于《法学评论》2000 年 第 4 期。

比遗忘物的主人对物的失控方面的过错程度更大，这就更有理由减轻拾得者的刑事责任。鉴于此，为了统一刑法适用，我国刑法应将侵占遗忘物、埋藏物罪修改为侵占脱离物罪，这样就将遗失物、漂流物、隐藏物、逃逸物等都纳入犯罪对象中，既扩大了对他人财产权的刑法保护，又能体现对财产权保护的一致性、均衡性和平等性，有助于树立刑法公正形象。

（四）有些国家刑法对侵占罪的规定非常抽象、简练、明确，而且逻辑上较为严谨。这对全面财产关系，充分发挥刑法保护社会的功能有利。例如，德国刑法第246条规定："意图不法侵占自己持有或保管的他人财产，处3年以下自由刑或罚金。"日本刑法第252条规定："侵占自己占有的他人的财物的，处五年以下惩役。"巴西刑法第168条规定："侵占别人所有的或占有的动产的处刑：一年至四年监禁并科五百至一万克鲁赛罗罚金。"等，上述规定简明扼要，将侵占罪的主观意图，犯罪行为方式及侵犯对象均描述出来，用简单描述来蕴含丰富的内容，有一定的概括性和抽象性。此外，上述三国刑法之规定，均没有将侵占行为具体化，因为侵占行为方式很多，既有作为方式的，如"侵吞"、"非法使用"、"非法转让"、"损坏"、"毁弃"、"使原物降低价值"、"诈称被盗"等等，也有不作为方式的，如"拒不退还"、"拒不交出"等，用"侵占"二字概括上述所有行为就意味着作为和不作为都可以构成侵占行为。如将这些行为方式全部列入法条中，显得过于繁琐，不符合立法技术；如果只列举其中某一个，又不利于保护财产关系和保护社会，所以，用"侵占"二字既简练又能全面保护财产关系。外国刑法这种简练性的规定值得我们借鉴。我国刑法第270条中"非法占为己有，数额较大，拒不退还的"表述，虽

然不能以“侵占”二字代替（因为我国刑法侵占行为有特定含义，它仅指以不作为方式才构成侵占行为，这一点与外国刑法中的侵占行为含义不同），但它仍缺乏简练性，而且易使人们对侵占行为含义产生歧义，因为“非法占为己有”并不是侵占行为，而是犯罪的主观意图。笔者建议，刑法第270条第1款应修改为：“拒不退还代为保管的他人数额较大财物的，处……”这样规定的益处是：(1) 侵占行为突出以不作为方式实施，不易引起歧义；(2)“拒不退还”本身就蕴涵非法占为己有的意图，不必把不法意图用文字表述出来，增加了法条的简练性；(3) 无论是持有还是占有他人之物，都属于代为保管之物，所以，侵占罪的犯罪对象用“代为保管之物”比用“持有他人之物”或“占有他人之物”更为全面、准确。

第二章　侵占罪概说

第一节　侵占犯罪的社会危害性

通过对侵占犯罪的历史考察，我们可以得出这样的结论，即无论古今，也无论中外，侵占行为均指行为人将自己占有的他人财物非法转为己有的行为。随着商品经济的发展，集体经济、私营经济、个体经济的迅猛增长，集体、私营企业以及公民个人支配的资产也在剧增，财物的所有权与占有权的分离活动也日益频繁。鉴于包括商品在内的一切社会资源只有经过交换方可能趋于最有价值的利用,[①] 因而商品流通的顺利进行是商品实现其价值和使用价值的必由之路，也是一切社会资源实现其最大限度的增值的唯一途径，这对社会或国家在经济上的强盛与发展具有不可或缺的作用。[②] 可见，所有权与占有权的这种分离活动也即物尽其用的结果促进了商品流通，活跃了经济和积累了财富，给国家创造了大量税收。但是另一方面，随着商品流通过程的不断复杂化，协作范围的日益扩展，流通数量的迅猛增长，流通手段的不断改进，其风险也剧烈加大，表现在商品法律关系的一方当事人获得了大量基于合同或法律行

① ［美］理查德·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版。

② 郑强：《合同法诚实信用原则价值研究》，载于《中国法学》1999 年 第 4 期。

为占有他人财物的机会，一旦其破坏诚实信用关系，不履行商品流通所产生的义务，就会很容易导致占有他人财物后又非法据为己有的侵占罪的发生，所以，国家总是不遗余力地使用一切手段（包括刑事立法），确保商品流通的顺利进行。

一、侵占犯罪社会危害性的表现

（一）在普通侵占罪发生的情形下，侵占犯罪破坏了财物所有人与占有人之间的信任委托关系，阻碍了商品经济流通，破坏了社会主义市场经济秩序。社会生产力发展到一定程度时，商品流通就会成为经济生活中的必然现象，为了维护自己的财产权利，财产所有人在将所有权与占有权分离时，必然会希望和要求相对占有人的真诚参与，即诚实信用地履行流通关系所产生的义务，以便实现自己的经济目的。如果相对占有人破坏诚实信用关系，则必然导致商品流通的受阻，商品流通法律关系和法律秩序也必然受到破坏。现实生活中，集体企业、私营企业之间以及它们与公民个人之间，甚至公民个人之间合法占有他人（单位或个人）财物一般是基于合同关系，诸如借用、抵押、质押、托管、托运、寄存、承包、租赁、提存、承揽、行纪、典当等合同关系。在这些关系中，财物的所有权并没转移给占有人，占有人对财物只是代为保管，不能对财物实施具有所有权内容的行为。上述诸关系的建立是依据民法中的诚实信用原则，在双方真实的意思基础上形成的。占有人（无论是单位还是个人）如果将代为保管的财物非法据为己有等超越所有权人的意思或授权而为具有所有权内容的行为，势必是对诚实信用原则的破坏，这种破坏直观上看是所有人与占有人之间的事，但宏观上看，这种破坏的影响是深远的，如媒体的

传播、当事人的宣传等，结果会使经营者、公民个人产生忧虑和恐慌，进而会产生普遍的信任危机，经济交往就会减少，商品流通受到阻碍，从而破坏了整个社会经济秩序。

（二）在普通侵占罪和侵占脱离物罪发生的情况下，侵占犯罪侵犯了单位及个人的财产所有权。企业的财产权的被侵犯不仅可以来自于内部人员，而且还可以来自外部人员，表现于承包、租赁关系中，承包人私自变卖承包合同标的，给发包企业造成财产的严重损失。[①] 侵占行为不但损害企业的利益，也侵犯公民个人的利益，造成不安定因素。如陆某在火车站候车室与欲回家过年的乔某相识，两人谈得很投机，期间，乔某欲去洗手间解手，委托陆某给其看管行李包裹。陆见乔走进洗手间，顿起贪财之意，拎起乔某行包迅速走出候车室逃跑。回家打开包裹，发现里有现金 3 万元，还有些高级香烟及衣物等物品，陆某将 3 万元挥霍一空，香烟自己抽掉，衣物送给他人。乔某丢钱后得了一场大病，精神恍惚；家人等待一年挣的辛苦钱过年也成为泡影，悲伤不堪，造成了极坏的影响，邻里们听此事后也愤愤不平。所以，从表面上看，侵占行为直接侵犯了单位、个人财产所有权，似乎是几个特定的被害人的事情，但实质上，侵占行为通过侵犯他人财产权作为媒介波及和震荡的是整个社会。正如有学者所说："违背他人委托关系，已非少数人，而是无数人，无形中扩大法益侵害之范围。"[②]

（三）侵占犯罪的社会危害性还表现为侵占者主观恶性和人身危险性大，对社会的危害性也大。犯罪行为的社会危害性

① 星广等著：《出卖承包合同标的其行为应如何定性》，《检察日报》1998 年 11 月 9 日。

② 蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局 1995 年版 第 201 页、第 204 页。

既具有客观属性，又体现着主观的内容。[①] 主观恶性是犯罪人主观上所具有的某种属性，这种属性是建立在犯罪人主观心理状态之上的，而犯罪人主观心理状态是犯罪构成的主观要件，这些主观要件是犯罪人的主观恶性的基本载体。[②] 侵占行为是在行为人的自由意志支配下形成的，没有行为人的故意心理就不可能积极地造就客观上的犯罪事实，并且客观危害大小也常与主观恶性的大小成正比，而主观恶性的大小是由行为人的主观心理内容的决定的。行为人明知财产属于他人，自己对财产不拥有所有权，却希望永久性地剥夺他人财产而不诚实地把这些财产据为己有。这种故意表面上看是对某一个人财产的不诚实的侵吞，实质上却反映了故意者的品质和人格，也即犯罪人的特性。脱离犯罪人的特性就无法对犯罪人的人身危险性也即再犯可能性作出科学判断，而侵占者的特性的核心内容是其个人品质即不愿以诚实的劳动为生以及与他人交往的相互关系中的利己主义。侵占者的极端自私与不劳而获的思想意识绝对不是针对某一个人的财物，而是针对社会不特定的广泛的财产，也就是说任何单位、个人的财产都可能成为其侵犯目标，因而侵犯者本人就具有人身危险性，也称社会危险性。所谓社会危险性是指刑罚法规中规定某行为为应罚行为，即或是无责任能力者阻却刑罚，但对此法规定有刑罚的行为有将反复实施的可然性，亦构成社会危险者。[③] 只注重侵占行为本身给某个具体单位、个人财产权造成的危害而忽视侵犯者个体特性，就不能

① 高铭暄主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年 12 月版 第 391 页。
② 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年 1 月版 第 29 页。
③ 参见甘雨沛、何鹏著：《外国刑法学》（下册），北京大学出版社 1985 年版 第 667 页。

全面、客观地对行为的社会危害性做出正确评估，因而也就不能正确适用刑罚来达到特殊预防之目的。正如普林斯所说，行为人“所犯的罪行可能比犯这种罪的主体的危险性小。如果不注意主体固有的特性，而对犯这种违法行为的人加以惩罚，就可能是完全虚妄的方法。”① 可见，侵占人的主观恶性是其犯罪故意及其所反映出来的反社会性的品质和人格，这种品质和人格的极端利己性会导致行为人具有继续侵犯不特定的广泛的财产的倾向性，因而具有社会危害性。当然，在谈行为人的人身危险性时不能脱离犯罪行为，必须建立在犯罪行为基础上来探讨支配该行为的主观故意（主观恶性）及其所反映出来的反社会人格。如果抛开犯罪行为谈行为人的人身危险性就会导致惩罚思想犯的后果，忽略了刑法人权保障机能。正如经典作家所言：“凡是不以行为本身而以当事人的思想方式作为主要标准的法律，无非是对非法行为的公开认可。”②

二、侵占犯罪社会危害性的特征

侵占罪作为一种财产犯罪与其他财产犯罪的社会危害性相比，有其自身的一些特点，表现为以下几个方面：

（一）对诚实信用关系的直接侵害。诚实信用本是合同法中的一项基本原则，是民事当事人进行民事活动所应当遵守的法律准则。由于侵占行为人取得他人财物的占有一般是基于合同关系，而取得他人财物的占有是构成侵占罪的必要前提，也就是说合同关系或曰诚实信用关系的建立是构成侵占罪的必要

---

① 转引自［前苏］A·H·特拉伊宁著：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社 1985 年版 第 22－23 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 2 卷 第 416 页。

前提，这就使侵占行为与诚实信用关系建立了直接的、内在的联系，构成了直接的侵害。诚实信用关系之所以能作为侵占罪的犯罪客体，是因为对这种社会关系的侵害会给社会造成严重的危害（前文已阐述），如果仅依靠民事法律处理这种危害行为就尚不足以有效保护社会，事实上，有相当一部分占有他人财物的人并不因拒绝返还他人财物因而受到民事责任追究而感到畏惧，在此种情形下，民事法律的威慑力就显得苍白无力，因而，用有效的、使侵占者感到苦大于乐的威慑力加以保护这种社会关系的刑事立法就呼之欲出了。这说明诚实信用关系不但受到民事法律的保护，同时也受到了刑法的保护。在国外，破坏诚实信用关系的行为是一种背信的犯罪行为（日本、法国等），有的国家还将侵占罪规定于背信犯罪的章节中（法国等），可见，侵占行为对诚实信用关系的侵害是直接的，其他财产犯罪不存在对诚实信用关系的侵犯问题。

（二）只侵犯他人财产的返还请求权而不侵犯他人财产占有权。与其他财产犯罪不同的是，侵占罪是通过侵犯他人财产的返还请求权来侵犯他人财产所有权的，而其他财产犯罪是通过侵犯他人财产的占有权来侵犯他人财产所有权的。所有权的内容包括占有、使用、收益和处分，其他财产犯罪只要侵犯了占有权就可以构成犯罪，当然也可以同时侵犯了他人财产的使用、收益和处分权，但对后三种权利的侵犯对构成其他财产犯罪则不是必需的；而侵占行为对他人财产的占有一般是基于合同或法律行为，不存在犯罪问题，即使是对他人财产非法实施使用、收益和处分的行为，也构不成侵占罪，因为非法实施使用、收益和处分的行为并不意味对他人的财产“拒不退还”（包括拒不赔偿），因而不符合侵占罪的客观要件，只有侵犯他

人财产的返还请求权也即“拒不退还”才符合侵占罪的客观要件。侵占罪与其他财产犯罪虽然都侵犯了他人财产所有权，但侵权的内容和程度有所差异，其他财产犯罪可以侵犯所有权的全部内容；而侵占罪不可能侵犯所有权的全部内容，有鉴于此，刑法对其他财产犯罪的处罚规定要比侵占罪的处罚规定严厉得多。

（三）人身危险性的有无取决于不履行返还财物义务的意志力。与其他财产犯罪不同的是，侵占者的人身危险性只有表现为拒不履行返还财物义务时，才凸现出其不法的意志力和较强的主观恶性，因为行为人在占有他人财产之前或之时主观上没有永久地剥夺他人财产所有权的故意，而其他财产犯罪即使非法占有他人财产后主动返还财物的，也不影响其主观恶性和人身危险性的存在，因为在实施其他财产犯罪行为之前或之时，行为人主观上就已经具有永久地剥夺他人财产所有权（占有）的意图。

第二节　侵占罪的概念

侵占罪的概念是对各种具体侵占罪罪状同一性的概括而形成的表述。这里所说的侵占罪是类罪，而不是特指某一种侵占罪。由于各国以及各地区刑法关于侵占罪的规定不完全一致，因而各国各地区的学者对侵占罪表述上的差异是明显的；即使是同一国家同一地区的学者对本国、本地区刑法中的侵占罪的表述也存在一定的差异。在我国，由于侵占罪是一类新罪，对他的认识和理解也存在一定差异。为正确适用侵占罪的刑法规定，把握侵占罪之属性，从理论上对侵占罪作出科学界定，有

重要的理论意义和实践意义。

一、国外和其他地区侵占罪概念之概览

综观大多数国家和地区的刑法规定，侵占罪一般由单纯侵占罪、业务侵占罪和侵占脱离占有的财产罪三个具体犯罪组成。[①] 单纯侵占罪和业务侵占罪是“本来的侵占罪,”两者合并也称为侵占委托物罪。[②] 但是，业务侵占罪是单纯侵占罪的加重类型，属于身份犯而在形式上有别于单纯侵占罪。[③] 由此可见，单纯侵占罪、业务侵占罪是破坏委托关系的犯罪。至于未破坏委托关系的侵占脱离占有的财物罪，由于他人之物不在行为人占有之下，也没有基于委托的信赖关系，所以，与前者也略有不同，但是却属于前两者的特别之情形。[④]尽管三者在形式上有一定差异，但日本学者仍把三者作为“侵占罪的三个构成要件,[⑤] 因为三者的共同点都是合法占有他人财物然后非法据为己有。正是由于三者之间这种内在关联性，才使得各种侵占罪有一个较为同一的普遍意义的概念的基础和可能。当然，国外和其他地区的学者由于理解上的不同，对侵占罪的表述存在一定形式上的差异，但这不影响其侵占罪表述某种程度上的同一性。例如，日本关于侵占罪的通行概念是指不法取得不属于所有人占有而是自己占有的他人财物的犯罪。[⑥] 英国刑

---

① 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（下册），北京大学出版社 1985 年 8 月版第 954 页。

② ［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1991 年 3 月版 第 720 页。

③ ［台湾］蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局 1995 年版 第 201 页。

④ ［台湾］蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局 1995 年版 第 195 页

⑤ ［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译 上海翻译出版公司 1991 年 3 月版 第 720 页。

⑥ 何鹏著：《外国刑事法选论》，吉林大学出版社 1989 年版 第 466 页。

法侵占罪的通行概念是指店员或仆人盗窃属于其雇主所有或由雇主占有的货币、动产或有价证券，或者在其雇主占有前截取这些财物的犯罪。这种犯罪通常由犯罪人合法取得对财产的占有并侵吞该财产，而不是非法占有。① 台湾地区关于侵占罪的通行概念是指行为人出于不法之“取得意图”而侵占自己原已持有他人之物的行为。② 日本侵占罪概念虽然无明示其主观方面的内容；英国侵占罪概念虽然无明示“侵占”二字且对概念缺乏必要抽象；台湾地区侵占罪概念虽然要求侵占他人财物不以实际取得他人财物为必要，但这些概念均揭示了侵占罪之本质特征，即持有他人财产然后非法据为己有，这是上述概念的共性。所以，国外侵占罪的概念是对各种侵占罪罪状的同一性的概括和表述，与各具体侵占罪概念的关系是包容与被包容，种概念与属概念之间的关系。

二、我国刑法侵占罪的概念

刑法第270条规定：“将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处2年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。”这是刑法对侵占罪的规定。关于侵占罪的概念，学界多基于上述规定给予界定，但具体表述方式存在一定的差异。有观点认为，侵占罪是以非法所有为目的，将自己持有的他人财物占为己有，

① [英] 戴维·M·沃克著：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版第286页。
② [台湾] 林山田著：《刑法特论》，三民书局1978年版 第289页。

数额较大的行为。[①] 与此相类似的观点认为，侵占罪是以非法占有为目的，将自己代为收管的他人财物非法占为己有，并且数额较大的行为。[②] 也有观点认为，侵占罪是指行为人故意将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的行为。[③] 与此相近似的观点认为，侵占罪是指将自己所持有的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为。[④] 第三类观点认为，侵占罪是指以非法占有为目的，将自己所持有的他人之公私财物转为己有或者擅自使用、处分，数额较大，情节严重的行为。[⑤] 与此近似的观点认为，侵占罪是指以非法所有为目的，侵占或者侵用自己所持有的不属于自己所有的公私财物，数额较大的行为。[⑥] 第四类观点认为，侵占罪是指以非法占有为目的，将自己代为保管的他人财物非法据为己有，数额较大，拒不退还的行为，或者将他人遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为。[⑦] 上述四类观点均从某一角度揭示了侵占罪的概念，有一定合理之处，但也都存在一些不足之处。

第一类观点的可取之处在于：第一，它揭示了侵占罪的犯罪目的，只是在犯罪目的的表述上略有不同，有以“非法占有

---

① 党燕：《论我国刑法中的侵占罪》，载于《刑事法学要论》，北京大学出版社 1998 年版 第 660 页。
② 周其华著：《新刑法各罪适用研究》，中国法制出版社 1997 年版 第 305 页。
③ 刘福谦：《论侵占罪》，载于《刑事法专论》（下卷），中国方正出版社 1998 年版 第 1327－1328 页。
④ 王作富主编：《中国刑法的修改与补充》，中国检察出版社 1997 年版 第 200 页。
⑤ 赵秉志主编：《刑法修改研究综述》，中国人民公安大学出版社。
⑥ 刘白笔著：《经济刑法学》，群众出版社 1988 年版 第 213 页。
⑦ 刘家琛主编：《新刑法常用罪认定与处理》（上），人民法院出版社 1998 年版 第 823 页；朱小林：《对侵占罪与贪污罪的探讨》，载于《法律世界》，1998 年第 5 期。

为目的”表述的；有以“非法所有为目的”表述的。笔者认为，“以非法占有为目的”表述侵占罪之犯罪目的不能准确揭示其犯罪目的。因为侵占罪是以永久剥夺他人财产所有权为目的的，这一点已通过“拒不退还”或“拒不交出”的必要要件得到印证。侵占罪往往以事实上的占有他人财物作为侵占他人财物为前提的，而占有不仅包括合法占有，也包括非法占有；非法占有他人财物后也不影响侵占罪的成立，但也不是必然导致侵占罪的产生，也就是说，对侵占罪而言，非法占有他人财物的本身（除明知赃物而代为保管的情形以外）不是犯罪。而且非法占有他人财物也并不是占有人的目的，其真正目的是想拒不退还或拒不交出财物给所有权人，以达到永久归自己非法所有之目的。这一点与盗窃罪、诈骗罪完全不同，后两者的犯罪目的可以用“以非法占有他人财物为目的”来表述，因为在这两罪中只要行为人实施非法占有他人实际控制下的财物就构成犯罪。如果用“非法占有为目的”表述侵占罪犯罪目的，势必与侵占罪的本质属性相冲突，因此，以“非法所有为目的”表述侵占罪之犯罪目的较为妥当。第二，部分表述具有一定的抽象性、概括性。因为他人之物包括基于委托关系而持有的他人之物，也包括基于不法原因而持有的他人之物以及拾得他人的遗忘物、埋藏物，无论哪一种他人之物，对持有人而言有以下共同点：（1）持有人对物没有所有权；（2）持有人对物有妥善保管之义务；（3）持有人有返还持有物之义务。所以，无论行为人持有上述哪一种之物，非法据为己有，拒不退还或拒不交出的，都属于侵占行为。对此，学界也有观点认为，这种他人之物没有表述遗忘物或者埋藏物是一种失当的、不全面的表

述。[1] 笔者认为，刑法第270条第1款、第2款规定的侵占行为的本质是相同的，只是由于犯罪对象以及持有他人之物的依据不同而在客观方面的表现有一些形式的差别。辩证唯物主义告诉我们，寻求事物的普遍性应当以每一事物的特殊性为基础，特殊性中蕴含普遍性，所以，对具有普遍意义的侵占罪进行概括必须建立在各种具体侵占罪的同一性基础上，因而，"将自己持有的他人之物"这种表述完全含盖了委托物、遗忘物及埋藏物，从刑法第270条第1款、第2款侵占行为的同一性出发，进行这种概括并无不当之处，而我们所言及的侵占罪正是指对第270条第1款、第2款高度概括的概念，其中包括普通侵占罪（第1款）和侵占遗忘物、埋藏物罪（第2款）。侵占罪正是在两者同一性基础上的意义上使用的。第一类观点的不足之处表现为以下几点：一是没有揭示侵占行为的本质属性即拒不退还或拒不交出，仅有非法占为己有的行为尚不能说明侵占行为的成立，因为非法占为己有仅仅是不法所有意图的外在表现，如为非法所有而将持有之物藏匿起来或者消费等，经权利人索要时，持有人可能退还或交出，或等额赔偿，也可能拒不退还或拒不交出，因而，非法占为己有本身并不是侵占行为，只有拒不退还或拒不交出的，才是侵占行为。二是将他人之物的控制状态用"持有"来表述还过于狭窄，因为对他人之物的控制还可以表现为占有，而占有与持有是不同的两个概念（后文详述），但占有与持有都可以用"代为保管"来取代，因此，他人之物的控制状态用"代为保管"来表述是恰当的。

第二类观点的可取之处在于它揭示了侵占行为的本质属性

---

① 参见刘志伟：《侵占罪研究》，载于高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》（第2卷），法律出版社1999年版 第90页。

即拒不退还或拒不交出，但是，它的不足之处表现在：第一，它没有揭示侵占罪的犯罪目的；第二，割裂了拒不退还与拒不交出，只表述其中之一尚有失全面。拒不退还与拒不交出两者虽在本质上是一致的，但"退还"和"交出"无论在立法上、文字上还是在内涵上其意义是不同的，立法者在对这两个词的使用上并不是随心所欲的：首先，从文字意义上看，"退还"是指交还已经收下来或买下来的东西；"交出"是指把物转移给有关方面。[①] 前者退还者占有物的来源是基于人与人建立起来的某种关系，后者交出者占有物的来源不是基于人与人建立起来的某种关系，有来源不"明"需要上缴之意；其次，从法律意义上看，退还者对物的占有是基于平等主体意思表示一致基础上所建立起来的权利义务关系；而交出者对物的占有没有通过物主的意思表示，是一种单方行为，可见，两者有一定的差异，因此，"拒不退还"适用于委托保管关系中的侵占；"拒不交出"适用于遗忘物、埋藏物的侵占。将它们并列表述恰好证明他人之物里既包含委托物又包括遗忘物、埋藏物，而不必将这些物的名称罗列出来，体现了一定的概括性。

第三类观点的可取之处在于它也揭示了侵占罪的目的，不足之处表现在：第一，它扩大了侵占行为的适用范围，将侵用、擅自使用、擅自处分也作为侵占行为不符合刑法第 270 条的规定。侵用及擅自处分实际是不法所有的意图的外在表现，如上所述，其本身并不是侵占行为。第二，它也没有揭示侵占行为的本质属性，仅用"侵占"一词尚不能明确表达我国侵占罪之侵占行为之属性，因而将"侵占"一词具体化是必要的。

① 参见：《现代汉语词典》，商务印书馆 1978 年 12 月版 第 1157 页和第 554 页。

第三，侵占罪的犯罪目的用以非法“占有”为目的而不是“所有”为目的，就没有突出永久地剥夺他人财产所有权的意思，因而，不符合立法本意，如上所述，占有他人财物并不构成侵占罪。

第四类观点的可取之处很多，既揭示了侵占罪的犯罪目的，又揭示了侵占行为的本质属性，同时也表明了拒不退还或拒不交出的适用情形。但美中不足的是，第一，表述过于繁杂，缺乏必要的抽象。第二，侵占罪的犯罪目的用以非法“占有”为目的而不是“所有”为目的，就没有突出永久地剥夺他人财产所有权的意思。第三，“以非法占有为目的”放于概念中显得有些赘言，如前所述，拒不退还或拒不交出本身就反映出行为人的犯罪目的。既使行为人误认为占有之物应属自己，不应归还，也没必要在概念中表现出犯罪目的，因为拒不退还或拒不交出的诉讼程序的运作已经排除了行为人误认为占有之物应属自己的可能性。

综合上述观点之长处，笔者认为，刑法第270条的侵占罪之概念应当表述为：拒不退还或拒不交出代为保管的他人数额较大之财物的行为。这种表述既体现了侵占罪之罪状，同时又有一定的概括性，反映了侵占罪的本质特征即占有他人之物非法所有，拒不退还或拒不交出。

第三节　侵占罪的种类

综观世界各国刑法，有的国家和地区将侵占罪在刑法分则单设一章，如法国、日本、韩国及我国台湾地区；有的国家在刑法分则中单设一节，如泰国刑法；多数国家只将侵占罪通过

单设条文加以规定，如德国、瑞士、意大利、俄罗斯、中国等。无论对侵占罪设章还是单设条文，所有国家规定了普通侵占罪和侵占脱离持有物罪。在日本，侵占罪分为三种，一是单纯侵占罪，二是业务侵占罪，三是侵占脱离占有物罪。前两种称为侵占委托物罪，是本来的侵占罪，因为第一种与第二种的基本构成要件是相同的，只不过第二种是基于身份的加重犯。[①] 我国台湾地区的侵占罪分为三个类型四种具体侵占罪：一是基本类型，仅指普通侵占罪；二是加重类型，包括公务及公益侵占罪和业务侵占罪两种具体侵占罪；三是独立类型，仅指侵占遗失物罪。[②] 台湾学说上把后一种侵占遗失物罪称为准侵占罪。[③] 上述国家和地区的侵占罪种类有一个基本特点，也即侵占罪的种类围绕普通侵占罪展开，每一种侵占罪都有普通侵占罪的基本构成要件，无非是由于主体身份不同、犯罪对象不同、持有他人财物的依据不同而对侵占罪进行形式上的分类，就本质来讲，都是持有他人之物而非法据为己有。

我国刑法第270条中的侵占罪可分几种罪名在学界也有不同的见解，有学者认为，刑法第270条第1款和第2款只规定了一个罪名即侵占罪。[④] 另有学者认为，规定了两个罪名即侵占罪和侵占遗忘物、埋藏物罪。[⑤] 第三种观点认为，规定了三

---

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版 第720页。

② 参见［台湾］蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局1995年版 第196页。

③ 参见［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局1993年版 第350页；［台湾］陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司1984年版 第748页。

④ 高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社2000年1月版 第396页。

⑤ 苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1999年1月版 第665至667页。

个罪名即侵占罪、侵占遗忘物罪和侵占埋藏物罪。① 笔者认为，我国刑法第270条中的侵占罪应分为两种，一是第270条第1款的（普通或一般）侵占罪；二是第270条第2款的侵占遗忘物、埋藏物罪。这是因为：第一，从犯罪构成要件角度看，（普通或一般）侵占罪与侵占遗忘物、埋藏物罪两者虽侵占行为的表现相同，但在犯罪客体、犯罪对象、对他人之物占有之原因等方面是不同的，而且行为人的人身危险性和社会危害性也不同，侵占遗忘物、埋藏物罪由于只侵犯了他人财物所有权，没有破坏与他人的信赖关系，所以，比起普通侵占罪，其社会危害性相对小一些（前文已述），这就决定了两者的法定刑应当是不同的，因而两者不应当是一个罪名。第二，从立法上看，虽然对两者规定的基础法定刑相同（尽管不合理），但是，规定的罪状是不同的，像这种情况刑法分则还有类似的规定，根据《最高人民法院关于执行<中华人民共和国刑法>确定罪名的规定》（以下简称《规定》），这种情况多数规定了独立罪名，例如，刑法第236条第2款的奸淫幼女罪、第237条第3款的猥亵儿童罪等等，但《规定》没有将第270条第2款独设罪名。有观点认为，立法原意上并没有将其视为一种独立的罪种。② 如上所述，笔者认为这不是刑事立法上没规定罪名，而是司法解释没有依照刑法规定的精神将罪名规定出来，这显然与立法精神不符。第三，虽然第270条第2款援引第1款之刑罚，但也只是援引其中的第一个刑罚幅度，而不包括第二个刑罚幅度，因为刑法只规定侵占遗忘物、埋藏物数额较大

① 陈兴良主编：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版 第442页。

② 刘志伟著：《侵占犯罪的理论与司法适用》，中国检察出版社2000年4月版 第58页。

的，援引前款刑罚，而没有规定数额巨大或情节严重的援引前款刑罚，因而说明侵占遗忘物、埋藏物的行为应当有自己独立的法定刑。

刑法第 271 条规定的职务侵占罪能否作为侵占罪的一种呢？有观点认为，刑法第 271 条规定的职务侵占罪是业务侵占罪的一种或曰特殊侵占罪的一种，[①] 笔者认为，由于职务侵占罪与日本及我国台湾地区刑法中的业务侵占罪不同，并不是普通侵占罪的身份加重犯。而且职务侵占罪与侵占罪在客观方面构成要件完全不同：侵占罪以持有他人财物为前提，而职务侵占罪不以持有单位财物为必要，只要利用职务之便将没有持有的单位财物采用盗窃、骗取等手段直接非法据为己有的行为就构成该罪；侵占罪以拒不退还或拒不交出的行为为必要，是行为犯，而且只能以不作为方式实施，职务侵占罪不以拒不退还或拒不交出为必要，只要实施了非法据为己有的行为即构成犯罪，它只能以作为方式来实施犯罪，是一种结果犯。除客观方面要件不同外，两者在犯罪对象、犯罪主体方面也有所不同。因此，职务侵占罪不具备普通侵占罪基本的构成要件，无论从形式上和实质上，都不是普通侵占罪的其他类型。本文所论及的侵占罪不包括刑法第 271 条规定的职务侵占罪。

---

① 周其华著：《新刑法各罪适用研究》，中国法制出版社 1997 年 6 月版 第 306 页；余高能：《澳门与大陆侵占型犯罪比较》，载于《云南大学学报》，2001 年第 2 期。

第三章　侵占罪的犯罪客体与犯罪对象

第一节　侵占罪的犯罪客体

无论是基于委托关系而产生的侵占罪还是对遗忘物、埋藏物的侵吞而产生的侵占罪，其犯罪客体是他人财产所有权，对此，我国刑法学界无争议。本节要探讨的是：(1) 侵占罪的共同犯罪客体即他人财产所有权中的有关对“他人财产所有权”中的“他人”的范围以及财产所有权范围问题；(2) 在普通侵占罪的情形下，它的犯罪客体是否还包括诚信关系；(3) 侵占罪犯罪客体的认定。兹分别阐述之。

一、公有财产所有权是否属于侵占罪之犯罪客体

由于“他人”范围的不同，涉及到所侵犯的财物范围的不同，因此，侵犯财物所有权的范围也不同。这种争议的实质是，侵占罪侵犯的客体是私有财物所有权还是公有财物所有权。一种观点认为，侵占罪的客体是私有财物所有权，“他人财物”不包括国有财产，也不包括公司、企业及其他单位的财物，只限于公民私人所有财物。理由是，侵占罪适用“告诉乃论”的自诉程序，而告诉者须为被害人，被害人只能是自然人，这样就排除了国家、企业、事业等单位作为告诉主体，进而说明侵占罪侵犯之客体只能是私人财物所有权。另一种观点

认为，侵占罪的客体是公私财物所有权，“他人财物”既包括公民私人财物，又包括机关、企业、事业单位、社会团体等一切法人单位和非法人单位。[①] 理由是，公民个人因某种原因持有公有财物并将其非法据为己有，拒不退还或拒不交出的现象客观存在，行为人的主观恶性以及对社会的严重危害性已显现出来，其行为完全符合侵占罪之特征。

从世界大多数国家和地区的刑法规定上看，侵占罪都规定了犯罪客体是“他人之物”。那么，“他人”是否限定为自然人呢？台湾学者蔡墩铭先生认为，“他人”是指自然人与法人。[②] 笔者认为，从理论上和刑法立意上看，侵占罪侵犯客体是公私财物所有权。理由是：

第一，随着我国社会主义市场经济的蓬勃发展，各种经济成份并存并且个体经济也呈蒸蒸日上之势，在商品交往关系中，也有举足轻重之作用。根据我国民法、合同法的规定，经济实体建立合同关系并不局限于国有单位、集体单位之间以及它们相互之间，也包括公民个人与上述单位之间建立合同关系；实践中也确实大量存在公民个人与上述单位建立合同关系之现象。公民个人也正是基于加工承揽、寄存、托运等合同取得了上述单位财物的持有。此外，公民个人还可以通过合同关系取得上述单位的不当利益，如由于上述单位的错误在给公民个人发货时多发了货物而为公民个人所取得和持有，或者由于公民个人本人的错误在提货时多提了上述单位的货物而为公民

① 张明楷著：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版 第 783 页；王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年版 第 4 期 第 119 页。
② 赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 317 页；夏朝晖：《论侵占罪的司法适用问题》，载于《中国刑事法评论》1999 年第 6 期 第 35 页。

本人取得和持有。在非合同关系中，公民个人还可以通过不当得利、无因管理获得上述单位财物的持有，如公民在银行取钱时，银行多支给其钞票；购买物品时，商店工作人员多找给其钞票；上述单位的牲畜跑失，公民个人因无因管理而控制了该牲畜；上述单位运输货物时，货物从车上掉下来，被公民个人拾得而持有；公民在挖地道时，无意挖出无主的埋藏物而持有等等。上述无论通过合同关系还是非合同关系取得单位财物，其所有权仍属于单位，埋藏物如果系无主物或者所有权归属不明者，根据民法规定，属于国家所有，公民对上述持有的财物不享有所有权。正是如此，公民个人将持有的单位财物非法据为己有，当单位派人前去索要时，行为人拒不退还或拒不交出，给单位甚至国家造成重大财产损失，有些情况下还可能造成企业单位停产、破产，破坏了经济稳定和社会安定，严重侵犯了单位和国家财产所有权，其行为已具有严重社会危害性；从行为人主观上看，由于其以不法所有为目的，反社会的人格已暴露无疑，反映其很深的主观恶性，因而人身危险性也较大。如果对这种侵占单位财物的行为不予以刑事处罚，那将意味着行为人基于合同关系、委托关系或其他依据，代为保管国家、公司、企业或其他单位的公有财物，尔后将代管的公有财物非法据为己有，拒不退还或拒不交出的行为不认为犯罪，如果是这样的话，公有财物的所有权就得不到刑法的保护，公民肆意侵占公有财物的行为就会蔓延滋长，社会的经济秩序就会日益受到破坏，这显然是立法者不愿看到的。因此，把侵占罪的犯罪客体仅局限于个人财产所有权，出现上述侵占行为就不构成侵占罪，于法于理都说不通。而且，由于公民个人也不是公有财物所属单位的人员，因而也谈不上利用职务之便侵占本

单位资金财物问题，也构不上职务侵占罪。现实当中，有些公民个人是个体经营者，借助其所从事的经营业务往往持有单位的公有财物。如果在其从事个体经营业务过程中持有公有财物进而非法据为己有的，这种情形属于日本及我国台湾刑法中的业务侵占罪，所谓业务是指人们按照自己社会生活上的地位而持续从事的事务。[①] 在从事业务活动中持有他人之物而予以侵占的，即属业务侵占罪。业务侵占罪之犯罪对象不受公物和私物的限制。个体经营者所从事的经营事务也属业务范畴，但在我国刑法中没有业务侵占罪的罪名，实际上个体经营者从事经营业务过程中持有公有财物尔后予以侵占的情形已经划归到一般侵占罪中去了。因此，从理论上讲，侵占罪的犯罪客体应该包括公有财产所有权。第二，侵占罪的客体包括公有财物所有权符合罪刑法定原则的要求。从立法上看，刑法第 270 条第 1 款将侵占罪的对象规定为“他人财物”，并非不能将他人财物理解为公有财物，这里有以下几点理由：(1) 刑法并没明确将犯罪对象限定于私有财物，因而从逻辑上讲，他人之物就内涵有公有财物。(2) 侵占公有财物的危害往往比侵占自然人的财物要大得多，因为公有财物涉及到的往往是国济民生之大计；就某一单位而言，涉及到单位生存和职工生活来源以及对整个社会稳定的影响问题，如果将侵占自然人财物的行为定为犯罪，而侵占公有财物的行为不视为犯罪，这与立法精神和宗旨绝对相悖的。(3) 刑法在盗窃、诈骗、抢夺等财产犯罪中将犯罪对象规定为“公私财物”，而在侵占罪中将犯罪对象规定为

---

① ［日］木村龟二著：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 724 页；［台湾］陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 745 页。

"他人财物"，道理何在呢？笔者认为，如果"他人财物"仅指私人财物，那么，立法者从与其他财产犯罪对象即"公私财物"相对应的角度将侵占罪的犯罪对象规定为"私人财物"，显然，立法者规定"他人财物"的意图绝不仅指私人财物。既然"他人财物"不仅指私人财物，为什么不规定"公私财物"以便与其他财产犯罪一致呢？这就涉及到侵占罪的特殊性了。侵占罪与其他财产犯罪的本质区别在于行为人对不属于自己所有的财物处于事实上的支配状态，也即持有。这种持有往往基于委托关系、合同关系或者其他依据为来源，有些持有还与民法上的占有处于统一体内即民法上的直接占有，如质权人基于质押合同而占有债务人的质物；承典人依据典当合同占有出典人的典物等。尽管行为人直接占有非自己所有的财物，而且依据合同还可以行使某些所有权的权能，如依约定，质押期间可以使用质物、典押期间可以对典物行使收益权，但财产的所有权仍不属于行为人而属于物主。为了避免行为人直接占有别人之物造成好像行为人是物的主人之印象，以及排除行为人依约定在条件成就时财物所有权转移给行为人之情形，刑法规定，代为保管的财物必须是他人所有之物也即"他人之物"而不是已经属于行为人所有的财物，所以，"他人之物"是用来强调物之权属以区别罪与非罪。此乃刑法规定"他人之物"而不是"公私财物"的用意之一。我国目前还客观存在着公私合营经济形式，如股份公司中的公股与私股的混合，对于这类经济实体中的财物，很难区别公物与私物，因此，将侵占罪的对象如果用"公私财物"来表述，就无法涵盖公私合营经济实体的财物，而个体经济与公私合营经济实体的经济联系也不在少数，公民个人要持有公私合营企业单位的财物尔后非法据为己有的

行为，是侵犯了私人财物所有权还是公有财物所有权呢？这也很难搞清楚，但对这种侵占行为不予以刑事追究，显然有放纵犯罪之嫌。所以，将犯罪对象规定为“他人之物”就避免了公与私分辨不清之难堪，因而较为妥当和科学。基于以上三点理由，“他人之物”包括公有之物是符合立法本意的，因此，公民个人侵占公有财物的行为也符合侵占罪之构成要件，符合罪刑法定原则的要求。

从刑法第270条第1款侵占罪的罪状与第3款告诉才处理之间的关系上看，两者是实体与程序的关系，行为的定性最终靠实体法之罪状及其所反映出的犯罪构成来解决，而不能靠诉权及程序来认定。但是，不可否认，诉权之归属涉及到被害人的范围问题，而被害人的范围又涉及到拥有财物所有权主体的范围问题，进而涉及到侵占罪的客体范围问题。从刑法第270条第3款及第98条规定看，侵占罪的诉权归属被害人，而且被害人限定为自然人，从而可以推论单位不享有诉权，因而“他人之物”只是自然人之物而不是公有之物，进而公有财物所有权不是侵占罪之客体。应当讲，刑法第270条第1款与第3款及第98条的规定确实存在着不协调问题，公民个人侵占公有财物的行为危害更大，符合侵占罪的构成要件，但被害者即单位却没有诉权，缺乏程序上的支持。就刑法第270条第1款与第3款比较而言，后者存在重大缺陷，表现在：(1) 在刑法中，告诉才处理的犯罪不只是侵占罪，还包括侮辱罪、诽谤罪、暴力干涉婚姻自由罪和虐待罪。对后面这四种侵犯人身权利的犯罪，刑法在规定告诉才处理时都有例外规定，例如侮辱、诽谤罪实行告诉才处理，但严重危害社会秩序和国家利益的除外；再如，暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪实行告诉才处

理，但引起被害人死亡的除外。这说明对危害更大的上述犯罪，则不能实行告诉才处理。而侵占罪的告诉才处理的规定中，没有例外之规定，这意味着对公有财物侵占危害更大的行为置于刑法处罚之外，而公有财物已经是侵占罪之犯罪对象，显然第270条第3款之规定存在重大疏漏，对保护公有财物不利，与整个刑法加大保护公有财物力度的立法精神不符。所以，为使公有财物所有权得到有效的救济，在修改刑法或有关司法解释出台时，应对侵占罪的告诉形式作出修改，将对公有财物、无主物或所有归属不明之物的侵占行为适用告诉才处理时，应有特别的或例外的规定。(2) 新刑法在制定时，忽视了刑法第98条与刑法第270条第3款的协调问题。通过对比可以发现，1979年刑法第87条与1997年新刑法第98条关于告诉才处理的规定从文字到内容完全一样，而1979年刑法的告诉才处理之规定仅适用前述侮辱罪等四种侵犯人身权利的犯罪，所以，将被害人只能限定于自然人；而新刑法中的侵占罪属财产犯罪，其被害人不仅指公民个人，而且还包括国家和单位，所以，刑法第98条的规定没有考虑到侵犯财产犯罪的特殊情况，不能不说是个缺憾（关于此问题，后文有详述）。

那么，目前在刑法未修改之前对公民个人侵占公有财物的行为追究刑事责任是否违背罪刑法定原则呢？笔者认为，追究侵占公有财物者的刑事责任除刑法第270条作为基本依据外，还有刑事诉讼法及其相关司法解释作为参考依据。根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》（以下简称《规定》）第4条第（八）项之规定，属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可以判处三年以

下有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件，也属于人民法院直接受理的“被害人有证据证明的轻微刑事案件”。此条规定意味着轻微盗窃、诈骗、故意毁坏公私财物等犯罪，适用刑事自诉程序，而这些犯罪的对象已明示了“公私财物”，同时也没限定侵犯公有财物不适用刑事自诉程序，因而可以这样认为，这里的被害人包括单位。从《规定》第4条第（七）项也能得出这个结论，侵犯知识产权案件中，被害人往往是单位，但《规定》并没限定单位不可以提起刑事诉讼，因此，也可以认定单位可以作为被害人提起刑事自诉。告诉才处理案件以及人民法院直接受理“被害人有证据证明的轻微刑事案件”均属于刑事自诉案件，在刑法第98条不能适应第270条第1款、第3款的需要时，可以根据《规定》的精神，公有财物的所有人即单位也可以视为被害人，这样，单位就有权对侵占公有财物的公民个人提起刑事自诉，笔者认为这样操作也是符合罪刑法定原则的。

二、诚信关系可以作为并且是侵占罪的犯罪客体

诚信关系是合同当事人之间基于对彼此的信赖所建立起来的一种法律关系或曰一种社会关系，这种关系在保障财产最大限度的增值和促进商品经济顺利发展以及为社会积累丰富财富方面的积极作用是非常明显的。犯罪客体是刑法所保护而为犯罪行为所侵犯或威胁的社会关系。构成犯罪客体需具备两个要素：一是要有某种社会关系表现出来；二是刑法保护该社会关系。① 诚信关系作为一种社会关系可以成为犯罪客体就有了可

① 高铭暄主编：《刑法学原理（第一卷）》，中国人民大学出版社1993年12月版第472至474页。

能性。问题是，刑法对该社会关系是否加以了保护。不同的社会关系，由于它们的性质及在社会生活中的地位和作用各不相同，因而调整社会关系所适用的行为规范也不相同。只有某一社会关系在其他行为规范调整不了的情况下，才由刑法加以干预，因为，不同的行为规范在保护和调整社会关系时都是有一定的限度的，在此限度内，行为规范的保护和调整是有效的，一旦超出这个限度，则是行为规范力所不及了，这时，就需要用刑法进行强制性保护和调整。也可以这样说，所有的行为规范都以刑法作为最后、也是最有效的保护手段。① 代为保管的民事关系原由民事法律规范调整，当该民事关系当事人对承担违反民事义务的法律责任无所畏惧已经是很普遍的情形下，刑法的干预就成为必要了（前文已阐述），因此，体现诚信关系的代为保管在刑法条文明确昭示出来，说明刑法对诚信关系也是保护和调整的。侵占罪中的诚信关系被刑法保护和调整在国外刑事立法中也是不乏其例的，例如，韩国刑法将第 355 条、印度刑法将第 405 条规定的侵占罪视为背信或违背信托行为；越南刑法将第 158 条、法国刑法将第 314—1 条、捷克斯洛伐克刑法将第 248 条规定的侵占罪视为滥用信任的行为；新加坡刑法第 403 条、马来西亚刑法第 403 条规定的侵占罪视为不诚实的行为等等。

三、侵占罪犯罪客体的认定

侵占罪的犯罪客体是他人财物所有权，而财物所有权的内容非常丰富，依照民法通则第 71 条之规定，财产所有权包括

① 高铭暄主编：《刑法学原理（第一卷）》，中国人民大学出版社 1993 年 12 月版 第 477 页。

占有、使用、收益和处分四项权能。现实生活中往往会出现所有权与上述四项权能中的一个或全部发生分离之现象，而侵占罪的主体恰好对所有权之标的物处于自己事实上的控制状态即持有，这种持有的依据可以根据合同关系、委托关系、事实行为、甚至违法行为。在这种情况下，财物所有人根据合同和自己的意志将所有权的上述四项权能全部让与给他人，是否意味着所有权丧失或者说受让人取得了所有权而不存在犯罪客体了呢？如果所有权的上述四项权能与所有权发生了分离不是基于合同和所有人的意志，那么，非财物所有人在持有财物时侵犯所有权的权能在多大程度上构成刑事侵权而不是民事侵权？这就需要对财产所有权的属性、权能及其机制进行研究，以确认犯罪客体的有无。

第一，所有人根据自身的利益和需要，通过自己的意志以合同的方式，将占有、使用、收益和处分权能与所有权发生分离，其所有权是否丧失或者说转移给了合法受让人？所有权依民法通则第 71 条规定是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。这一界定是对财产所有进行列举式的概括，只是揭示出所有权的权能，但尚未概括出所有权的属性。从理论上讲，所有权是指在法律限制范围内，对于所有物为全面的支配的物权，其属性有以下几个：(1) 全面性，即所有权为所有人对于标的物的使用价值与交换价值之全部予以全面的概括的占有、使用、收益及处分之权利；(2) 整体性，即所有权系所有人对于标的物有统一的支配力，而非仅为占有、使用、收益及处分等各种权能的量的总和；(3) 弹力性，即所有权的整体性决定其内容可自由伸缩；(4) 恒久性，即所有权不罹于时效而消灭，也不得预定其存续期间；(5) 观念性，即

所有权系观念的存在，而不以对所有物的现实支配为必要；所有人即使现实并不直接支配标的物，其就标的物仍享有所有权。① 在上述诸多属性中，对物的支配力居于核心地位，进而说明支配权是所有权的核心和灵魂，② 它本身概括和赋予了所有人能够实际享有的占有、使用、收益和处分的权能。但是这种支配权也可以不直接表现为对物的实际占有、使用、收益和处分权能，所有人完全可以根据自己的利益和需要，将其各项权能分离出去。当占有权分离出去后（如由他人保管财产、财产出质等），支配权就表现在使用、收益和处分权能上；当占有、使用权分离出去后（如将财产出租等），支配权就通过收益权和处分权表现出来；当占有、使用和收益权分离出去后（如出典、在财产上设定用益权等），支配权就通过处分权表现出来。由于支配权始终是附属于所有人的，因此支配权是永久的，从而决定了所有权与诸种权能的分离不论经过多长时间，都只是暂时的分离，这些权能最终要并入所有权中，由所有权弹力性属性的作用，使所有权恢复圆满状态。上述论及的是占有权、使用权、收益权从所有权分离的情况，如果包括处分权在内的四项权能均与所有权发生脱离，如投资者往股份公司投资设定股权等，支配权又如何体现呢？根据现代民法理论，所有权的上述权能均可以与所有权发生分离而所有人尚不丧失所有权，③ 因为所有权权能不仅包括占有、使用、收益和处分的积极权能，而且还包括排除他人干涉的消极权能。消极权能已

① 参见陈华彬著：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年 4 月版 第 188－190 页。
② 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 235 页。
③ 参见陈华彬著：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年 4 月版 第 213－217 页；王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 265 页。

成为通说,[①] 连罗马法都认为所有权除上述四项权能外，尚包括返还占有权。返还占有权是指对被他人所占据的物得为请求返还的权利。[②] 现代资本主义国家民法学中关于所有权的理论基本上如此。[③] 尽管我国民法通则对消极权能未设明文，但解释上应采肯定主义，肯定我国所有权制度有此所谓消极权能。所有权的消极权能在民法理论上又称为“排除他人之干涉”。所谓排除他人之干涉是指所有人排斥并除去他人对所有物的不法侵夺、干扰或妨害。所有权的消极权能是由所有权的绝对性和观念性之属性决定的。由此可见，所有权中的占有权、使用权、收益权和处分权基于合同和所有人的意志而与所有权发生分离的，所有人只要没放弃返还请求权的，就不会丧失所有权。因此，所有权的四项权能全部与所有权分离的，支配权通过返还请求权表现出来。如果所有人在所有权与所有权的积极权能分离的条件消灭时要求他人返还标的物而他人拒绝退还的，就属于侵犯所有人的返还请求权，因而也就侵犯了财产所有权。实践中，判断所有人是否放弃所有权关键看其是否自动放弃返还请求权而不是自动放弃其他权能，返还请求权是所有权的最后一条防线，如果放弃它，就意味着放弃了所有权。基于返还请求权的这个特征，则所有人在转让所有权权能时，只要未表示同时转让，或者说未表示放弃返还请求权，则物的所有权仍为所有人所有，而占有人则仅有占有权，因而也就负有依法实现所有人对物的所有权的恢复之义务。但是，如果非所

① 参见陈华彬著：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年 4 月版 第 213 页。
② 江平等著：《罗马法基础》，中国政法大学出版社 1991 年版 第 123 – 124 页。
③ [台湾] 史尚宽著：《物权法论》，荣泰印水馆股份有限公司 1971 年版 第 57 – 58 页。

有人拒绝履行返还义务，是属于民事侵权还是属于刑事侵权，或者是两者兼而有之？换句话说，返还义务是民事义务还是刑事义务，或者两者兼而有之？对此，学界有观点认为，未取得财物所有权但合法占有他人财物的人拒绝履行返还财物于所有人的义务意味着由单纯民事法律关系转化为刑事法律关系。[①]这种观点值得研究。笔者认为，拒绝履行返还义务既具有民事义务的属性又具有刑事义务的属性，也即双重属性，而不是由民事义务属性转化为刑事义务属性。理由是：（1）民事义务与刑事义务性质不同，彼此独立存在。所有人基于合同而让与所有权的积极权能给予他人，从而建立一种民事法律关系，由于所有权的积极权能与所有权的分离不是所有权的分割，[②] 所以，非财物所有人取得积极权能后并没有取得所有权，所有权的弹力性和观念性决定了非财物所有人负有返还财物的义务，这种义务与所有权的积极权能相对应，是基于平等主体之间即所有权人与非所有权人之间共同的真实的意思表示一致的情况下建立的，符合民事义务双方设定性、平等性、意思表示一致性之特征，因而属于民事义务的范畴。但是，非财产所有人在所有权积极权能与所有权分离的条件消灭后拒绝履行返还义务的，就不符合所有人的意志，超出了平等主体间意思表示一致的约定。鉴于此，国家根据所有权的绝对性、排他性和观念性之属性，设定非财物所有人在没取得所有人放弃所有权的意思前提下无条件返还所有人之财物的义务，由于刑事义务受所有权的绝对性、独立性和排他性的属性影响和决定，因而具有国

① 丁慕英等主编：《刑法实施中的重点难点问题研究》，法律出版社 1998 年版 第769页。
② ［台湾］谢在全著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1999 年 1 月版 第710页。

家设定性、无条件性、意思单一性、不可救济性、绝对强制性等特点，而超出双方约定拒不返还所有人财物的行为已经超出了平等主体之间共同商定的义务范围，对超出约定义务的返还义务由于具备了刑事义务的特点，因而由刑法加以调整。也可以这样讲，约定返还义务的，属于民事义务；超出约定而非财产所有人负有返还义务的，属于刑事义务。而在所有权与其积极权能基于合同和所有权人的意志发生分离时，既有约定的返还义务，同时还存在超出约定的返还义务，法律即要尊重当事人双方的合法意思表示，又要对超出共同意思的由非法的单一的意思支配下的行为进行处罚。不能只处罚超约定的非法行为而忽视了所有人的民事权利；也不能只重视所有人的民事权利而忽视对超约定的非法行为的处罚。因此，履行返还义务，既是一种民事义务，也是一种刑事义务，两者各自独立存在。在实务中，判断合法占有他人财物的人不履行返还义务是否超出民法调整范围应以下列标准：①非财产所有人无返还的意思但合同中有救济的约定的，如双方约定在合法占有人不能退还财物的，占有人应赔偿相应的损失。这里的赔偿即属救济之约定，以确保所有人不受损失。以债权确保所有权。因上述约定符合双方意思，即使合法占有人既不退还财物也拒绝赔偿损失，也属于民法调整范围，刑法不干预。②非财产所有人无返还之意思并且在合同中也无约定财产不能返还以其他方式补偿的救济措施的，意味着双方对所有人所有权的保护没有约定，如果合法占有人拒不履行返还义务，则对所有人的返还请求权构成侵犯，而返还请求权与双方约定无关，这种情况下，不履行返还义务已不能为民法所调整，而应由刑法调整。(2) 民事法律关系不可能转化为刑事法律关系，即民事义务不可能转化

为刑事义务。民事法律关系是平等主体间基于共同意思而形成权利义务关系，无论从主体、内容、还是责任形式均与刑事法律关系不同，其民事主体不可能向作为刑事主体一方的国家主体转化；也不可能把应当承担民事赔偿责任或返还原物转化为追究刑事责任，这种人为消灭一种责任而用另一种责任取代之的做法易混淆刑事法律关系与民事法律关系的界限。转化的结果使所有权人的所有权得不到保障，因为转化意味着一方消失而另一方产生，而刑事法律关系意味着非所有人只受刑事处罚。实务中，所有人并不因为非所有人因拒绝履行返还义务受到刑事追究而丧失了请求返还权，他可以通过刑事自诉附带民事诉讼来恢复自己的所有权。

第二，所有权的积极权能中的某项与所有权发生分离是基于合同和所有人的意志，如果合法占有人违背所有人的意志，超出所有人授权范围而对物行使其他与所有权没分离的积极权能，是民事侵权还是刑事侵权？在所有权的四项积极权能中，非所有人基于合同和所有人的意志取得了使用、收益和处分权，也意味着取得了占有权，因为非所有人如果没有对物进行事实上的控制，也不可能对物进行使用、收益和处分，所以，所有人在分离使用、收益、处分权能时，虽然未明示分离占有权，但实际上将占有权一并分离给非所有人。但是，所有人在分离占有权时，并不意味其他权能一并分离出去，因为占有权是从所有权分离出来的一项权能，这种权利不能超出它本身的范围，也就是说，占有权不能包括使用、收益和处分权，而仅仅为对物（生产资料和劳动产品）实行控制的权利。非所有人有了占有权，不等于就有了使用、收益和处分权。如果非所有人欲取得使用、收益和处分权，还需所有人根据其意志和利

益，将其权能作出进一步分离。在实践中，如果非所有人取得了单纯的占有权，在没有合同依据和所有人同意情况下，擅自对物（如保管物）进行使用、收益或处分的，是法律所不允许的。那么，非所有人擅自行使其他权能是否是刑事侵权呢？关于这个问题，学界有两种对立的学说，即越权行为说和取得行为说。① 越权行为说主张行为人对于持有他人之物，超越其委托权限之范围而对物使行其他所有权权能，如以临时使用之目的而使用该物或将该物毁损其效用等即构成刑事侵权。古罗马法和早期英美刑法相关规定和学说就是上述越权行为说的一个反映。盖尤斯认为，某人知道违背所有主的意愿而使用被寄存在自己处的物品或把为某一用途而接受的物品挪作他用，他因盗窃（现代意义之侵占——笔者注）而负责。② 在早期英美刑法中，一个享有合法占有权或受人委托享有合法占有权的人，通过欺骗手段挪用或滥用他人财产的行为也构成刑事侵权。③ 但是英国刑法的越权即为刑事侵权的宗旨在英国 1968 年《盗窃罪法》颁布后有所改变。其他国家类似越权即为刑事侵权的规定还有越权处理（美国刑法）、越权获利（韩国刑法）、越权造成损失（格陵兰刑法）等。所谓取得行为说是指行为人就持有他人之物，表示其不法取得所有意思之行为即构成刑事侵权。取得行为说在日本和我国台湾无论在立法上还是在学说上已是通行之观念。④ 英国自 1968 年后，其越权即刑事侵权的

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1991 年 3 月版 第 722 页；［台湾］陈朴生著：《刑法各论》，正中书局 1986 年版 第 322 页。
② ［古罗马］盖尤斯著：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版 第 272 页。
③ 欧阳涛等著：《英美刑法刑事诉讼法概论》，中国社会科学出版社 1984 年版 第 145 页。
④ ［台湾］陈朴生著：《刑法各论》，正中书局 1986 年版 第 332 页。

观念已经变成当今的取得即为刑事侵权之观念。鲁珀特·克罗斯等学者认为，一个雇员或其他受信托管理财物的人有保管和控制他的雇主委托给他的财物的权利，如果雇员怀着永久性地剥夺雇主这些财物的故意，不诚实地把财物据为己有，这个雇员就犯有盗窃这些财物之罪。[①] 可见，“据为己有”实际上就是取得行为说之观念。包括中国在内的大多国家立法例中均采用取得行为说之观念。虽然多数国家采用取得行为说，但是如何理解“取得”却有不同之见解，概括起来有下述观点：①以所有人之身份而支配其物；②否定所有人对其物行使所有权；③将持有之物纳入自己财产中；④排除所有人对物之权利，自行以所有人之身份处分或利用其物；⑤以持有他人之所有物，变易持有为所有之意思者。上述“取得”之观念从原则上概念上与越权说加以区分固然有其积极意义，但具体表述上又与越权说没划分十分清楚，如“支配其物”、“否定所有人对其物行使所有权”均有模糊之处和不严密之处，因为占有人取得占有权后，可以排斥第三人干涉，甚至可以对抗所有人，[②] 在形式上完全可以表现出否定所有人对其物行使所有权的其他权能，如所有人依合同将物交由行为人使用、收益，所有人就不能随意违约要回自己之物，否则，合法占有人有权拒绝所有人行使占有权。笔者认为，非所有人依合同和所有人的同意取得物的占有权后未经所有人同意擅自行使所有权的其他积极权能的，是否构成刑事侵权应依据下列两个标准：①主观标准，即非所有人具有破坏所有人行使所有权的排 他力即剥夺返还请求权

① [英] 鲁珀特·克罗斯等著：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社 1991 年版 第 200 页。英国刑法中的盗窃罪是大盗窃罪概念，包容普通侵占罪。

② 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 257 页。

的故意。非所有人合法取得所有人的财产，只要其不具有剥夺所有人返还请求权的故意，既使其擅自使用、收益和处分，给所有人之利益造成一定损害的，也只是一种民事侵权，只负民事赔偿责任，如受托人保管所有人汽车，不经所有人同意擅自开出搞运输，将汽车撞坏；将所有人委托管护的房屋擅自出租盈利；或将委托保管的贵重珠宝金器出质给他人等，这些擅自行为并不出自于剥夺返还请求权的故意，而是对保管义务的对抗，也就是说，保管义务中包含了不得擅自使用；妥善对待保管物，不得损毁；保证保管物的安全，不得随意处分，这些义务正与所有人的使用权、收益权和处分权相对应，这一权利义务关系是在双方共同意思一致情况下设定的，虽然有些情况下在合同中没有明示这一权利义务关系，但保管义务的本身足以折射出这一权利义务内容。但是，拒不返还财物这种违反所有权弹力性、排他性的约定是不可能基于双方的意思一致基础上建立的，是超出双方意志的单一意志，因而不具备民事权利义务关系的属性。由于这种单一意志具有剥夺所有人返还请求权的性质，从根本上消灭所有人对所有物的支配力，因而是一种刑事侵权。②客观标准，即非所有人擅自行使其他积极权能的行为足以剥夺所有人的返还请求权。一般情况下，非所有人擅自使用所有物或使用所有物受益的，不足以剥夺所有人的返还请求权。但擅自行使处分权则情况较复杂。处分权是指对财产进行消费和转让的权利。对财产的消费即对物进行实质上的变形、改造或毁损的权利属于事实上的处分权；对财产的转让即转移、限制或消灭属于法律上的处分权，两种处分都会导致所

有权的绝对或相对消灭，因此处分权决定财产的归属。[①] 但是，擅自处分所有物仅仅是对处分权的侵害，这种侵害是否达到刑事侵权关键看是否达到足以剥夺所有人返还请求权的程度。如果所有物经擅自处分后发生了毁损，但非所有人表示愿意赔偿，这是否剥夺了所有人的返还请求权呢？有学者认为，实施擅自处分行为本身就构成刑事侵权了；[②] 也有学者认为，擅自处分行为往往会给所有人造成很大经济损失，因而有较大社会危害性，应属刑事侵权。[③] 上述观点只看到了擅自处分给物造成了损害，但这是否一定意味着所有权受到了侵犯呢？笔者认为，虽然擅自处分给物造成了损害，但是，只要行为人履行恢复所有权圆满状态之义务的，即不剥夺所有人返还请求权的，就不能认定刑事侵权。返还请求权的内容可以以下列方式实现：第一，所有人请求非所有人返还原物；第二，所有物毁损而不能返还原物的，请求按照原物的价值赔偿损失；第三，非所有人如因所有物而受利益的，请求返还原物及其利益。非所有人持有原物而拒绝返还的；或者原物毁损不能返还原物而又拒绝损害赔偿的；或者拒绝返还原物和收益的；或者只同意返还原物而拒绝返还收益的；就说明行为人足以剥夺所有人的返还请求权，因而构成了刑事侵权。

第三，所有权的积极权能与所有权的分离既非基于合同也非基于所有人的同意，非所有人擅自行使所有权积极权能的，在多大程度上构成刑事侵权？由于对物的占有是行使所有权其

① 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 265 页。
② ［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局股份有限公司 1984 年版 第 329 页。
③ 王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年第 4 期 第 119 页。

他积极权能的基础和条件，所以，笔者在这里主要论述非所有人在非基于合同和所有人同意的情况下取得对物的占有于什么情况下构成侵占罪的刑事侵权问题。占有是主体对于物基于占有的意思进行控制的事实状态；占有权是符合法律的规定和所有人的意志而形成的合法权利。[①] 占有可分合法占有和非法占有，非基于委托关系或所有人同意取得占有物也有合法占有的情形。对于合法占有，如拾得遗失物等，占有人擅自行使所有权其他积极权能构成刑事侵权的情形本文“第二”部分已有论述，此不赘述。非法占有他人财物是否构成刑事侵权关键看占有他人财物的取得方式上是否有直接据为己有的意图和行为。如果非所有人以剥夺所有人返还请求权之意图直接取得他人财物的，如盗窃、诈骗、抢夺等，这种取得方式已为刑法所禁止，因而这种非法占有已直接构成犯罪，侵犯了他人所有权。但是，如果非所有人非基于意图剥夺他人返还请求权而只是想从获取物中获利而非法取得了他人之物，而这种取得占有方式并没有为刑法所禁止，这意味着非法占有本身还没有达到刑事侵权之程度。这种情况下，非法占有若要达到刑事侵权之程度，还必须有剥夺他人财产返还请求权之故意和行为，也即想把他人财产据为己有，彻底割断所有人对财物的支配力，拒绝退还不属于自己的他人财物。只有这样才能构成侵占行为的刑事侵权，其具体标准与本文“第二”部分相同。可见，非法占有在不具备直接构成犯罪的情形下，在具备一定条件下，也存在构成侵占罪的情况。

第四，非所有人依法取得的财物占有权能否成为侵占罪之

① 王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999年第4期第119页。

客体？占有权是不独立于所有权之外的法定权利，是通过非所有人与所有人设定的权利义务关系而取得的，占有人负有返还财物之义务，如不能返还，则承担赔偿损失之责任。占有人取得财物后，可以排斥第三人的干涉，那么，如果第三人持有该物后，据为己有，拒不退还的，侵犯的是所有人的所有权还是非所有人的占有权呢？由于所有人与非所有人有债权债务关系，其所有权由设定的债权加以保护，只要债权存在，并且非所有人承认其存在，其返还请求权就不会丧失，所以第三人侵占所有物没有侵犯所有人之所有权。占有人之占有权相对于所有人而言不享有对物的所有权，但对第三人而言，占有权却是占有人自己财产所有权之载体，因为所有物一旦灭失或被侵夺，占有人要拿自己的财产赔偿给所有人，因而侵占的结果是占有人的财产权受到侵犯。例如，甲委托乙保管名画，乙又将名画交给好友丙放在丙的保险柜存藏，乙索要名画时，丙诈称名画被盗，拒绝返还和赔偿。这种情况下，甲可以通过保管合同关系向乙要求赔偿，乙按名画价值进行赔偿，甲之所有权没受侵犯，而乙的所有权受到侵害。可见，第三人侵占所有物的行为是对占有人占有权的侵犯，又通过侵犯占有权侵犯占有人自己财产所有权，因此，占有权作为财产所有权之载体也可以成为侵占罪之客体。占有人在占有权被侵犯后，可以行使占有物返还请求权来实现占有权；如果第三人剥夺占有物返还请求权的，则视为刑事侵权。

第二节 侵占罪之犯罪对象

侵占罪的对象是指侵占行为所直接指向的他人之物。但

是，由于侵占罪要求行为人在将他人财物非法据为己有之前必须事实上已经控制了该物也即持有该物，而如何认定持有又与物的属性密切相关，他人之物在一定条件下可以成为侵占罪之对象，而在另外条件下就不能成为侵占罪的犯罪对象，有一定的特殊性，因此，研究侵占罪的犯罪对象具有特别重要的意义。

一、侵占罪犯罪对象的概念及特征

（一）侵占罪犯罪对象的概念

侵占罪犯罪对象是指侵占行为所直接指向的由行为人业已持有的他人之物。所谓他人之物是相对行为人而言的，指除行为人以外的对物有所有权或占有权的国家、单位及自然人之物。这里有几个问题需要探究。

首先，“代为保管的他人财物”的含义是什么。关于这个问题，学界有狭义和广义两种学说。狭义说认为，代为保管的他人财物是指受他人委托暂行代其保管的他人之物，而且这种委托关系必须是合法的。[①] 理由是刑法对侵占罪犯罪对象之范围作了明确的限定，任意扩大化易将民事问题刑事化，这会违反当代刑法的谦抑原则和刑法的最后手段性。广义说认为，他人之物既可以是受他人委托代其保管之物，也可以是一切虽未经他人委托而为行为人占有的且负有返还义务之物。[②] 狭义说将代管的他人之物仅限于合法的委托关系是于法无据的，因为代为保管他人之物从字面上看也不仅限于合法的委托关系之

① 陈　立：《侵占罪若干疑难问题研究》，载于《厦门大学法律评论》（第1期），厦门大学出版社 2000 年 4 月版 第 61 至 62 页。
② 陈兴良主编：《刑事法判解》（第 1 辑），法律出版社 2000 年版 第 7 至 10 页。

义。从逻辑和立法精神角度上看，代为保管他人之物的本质是凡是事实上控制他人之物且对该物不具所有权的人负有返还他人之物之义务，它强调对所有权的广泛保护，因此，广义说比较可取。

其次，他人之物的权属不归行为人，如果行为人基于合同或法律行为取得了他人之物之权属，则该物不属他人之物。那么，行为人对物是否属于自己是否以明知为必要呢？对此，有观点认为，他人之物须以行为人明知非自己之物为必要。① 笔者认为，辨明财物归属一般情况下并不困难，但实际生活中有许多人往往基于某种原因误认为是自己之物，如拾得遗失物，误认为谁拾到归谁；在典当关系中，出典人死亡，承典人误以为典物归己所有，此外，在共有关系、继承关系、监护关系中均存在上述现象。上述事例中，行为人均不知道自己持有之物属于他人，而误以为属于自己，缺乏明知非自己之物的条件，但能否据此否定其持有之物属于他人？当真正权利人前来索要时其拒不退还或拒不交出的行为就不构成侵占罪吗？当然不是。在经济交往中，物的所有权转移与归属是个复杂而又具有法律专业的问题，不能要求一般人理性地判断其持有财物的归属，否则就是法律为难一般人。正如台湾学者蔡墩铭先生所说，财物是否属于他人所有应考虑民法上所有权之观念，也应考虑刑法学之立场，该物是否为刑法所保护。② 所以，判断他人之物之归属不能以行为人主观标准来衡量，而应从事实和法律上判断到底归属于谁。他人之物事实上不属于行为人就足以

① ［台湾］王振兴著：《刑法分则实用》，（第三册），三民书局股份有限公司1987年版 第443页；［台湾］孙德耕著：《刑法分则实用》，各大书局 1971 年版 第418页。

② ［台湾］蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局 1995 年版 第199页。

断定财物属于他人所有，至于行为人是否明知不影响事实和法律上的判断，一旦认定系他人之物，持有该物之行为人须有返还之义务，如果坚持认为财物是自己的从而拒绝退还的，应以侵占罪论处。这一点与盗窃罪不同，盗窃行为人如果对犯罪对象认识上有错误，会影响其盗窃罪的是否成立，例如，财物原本是行为人的，但行为人误以为是他人的而实施了盗窃，则不影响盗窃罪的成立；财物原本不是行为人的，但行为人误以为是自己的而将财物从别人控制状态下秘密取走的，则不构成盗窃罪。而侵占案件中，财物原本是他人的，但行为人误认为自己持有的财物是自己的，经权利人索要后拒不归还的，不影响一般侵占罪的成立；财物原本属于自己的，但行为人误认为不是自己的，他人也认为财物应属于自己而向行为人索要，行为人拒不退还的，不构成侵占罪。同是侵犯财产犯罪，为什么有上述区别呢？因为：两者的社会危害性和犯罪基本构成要件的符合方面是不同的。行为人对物之权属的认识错误所基于对物的控制状态的不同，在盗窃情形中，行为人对物之权属产生认识错误是在物处于权属人或管理（代为保管）人的实际控制之下发生，如果误将自己之物当作他人之物而采取秘密手段意图非法据为己有，则反映了：第一，行为人对不特定的他人财产所有权构成了现实的直接的威胁，而行为对刑法所保护的社会（财产）关系虽未构成实际侵害但是构成现实的直接的威胁时，犯罪客体就已经存在了；[①] 第二，行为人对物之权属的认识错误往往是导致恶意产生的基础，这就决定了行为人主观恶性较深，人身危险性较大；第三，行为人主观恶性与客观危害行为

① 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年 6 月版 第 112 页。

是统一的；第四，行为人在被确认有罪与否之前没有纠正认识错误的机会，这种认识错误直接决定行为的性质，因而符合盗窃罪之基本构成要件，鉴于行为人由于认识错误而产生的行为不可能导致盗窃罪之结果即对他人财物的控制的发生，因而属于未遂犯，具有可罚性；而在侵占情形中，行为人对物之权属产生认识错误是在物处于行为人本人实际控制之下发生的，如果误将自己之物当作他人之物而意图非法据为己有，拒不退还的，则不具备侵占罪之构成要件，因为“代为保管的他人之物”必须是事实上的他人之物才存在代为保管的民事关系问题，误将自己之物当作他人之物不存在代为保管的问题，而且“拒不退还”是以行为人具有真实的返还义务为必要前提，而真实的返还义务的有无是要靠司法程序审查确认的，行为人在被确认有罪与否之前有纠正认识错误的机会，纠正前的认识错误不直接决定行为的性质，只有纠正后的认识对确认有罪与否有决定性的意义。所以，他人财产所有权没有受到现实的直接的威胁，拒不退还的不作为行为也不可能实际发生，该情形不具备侵占罪的基本构成要件，谈不上构成侵占罪（未遂）问题。此外，行为人对物之权属的认识错误往往是基于当事人之间的权属纠纷，而且行为人的认识错误必须有民事关系的相对方对物之权属也有认识错误才可能发生“拒不退还”的问题，鉴于权属纠纷的公开性以及“被害人”有相当程度的过错，行为人之人身危险性也就不具有可罚性了。

再次，行为人自己的财物在被司法机关依法查封的情况下是否属于他人之物而作为侵占罪之对象？这个问题国外有相关的立法例，例如日本刑法第252条规定：“侵占自己占有的他人的财物的，处五年以下惩役。虽然是自己的财物，但在经公

务机关命令其保管的情形下侵占该财物的，与前项同。”我国刑法中只规定了他人之物，没有把自己之物可以作为侵占罪犯罪对象的规定。但是，如果是自己的财产因某种原因被公安、检察、法院机关或执法行政机关依法查封而财产所有人擅自将被查封的财产藏匿、转移、变卖或毁损或拒不交出的，这种情形属妨碍司法秩序的行为，情节严重的，按刑法第 314 条规定，构成非法处置查封的财产罪。笔者认为，自己的财产被司法或行政执法机关依法查封，责令其保管，而行为人擅自处分该被查封财产的，其行为的危害不是对自己财产权利的侵犯，在被查封财产没有被宣布没收上缴国库之前也没有对他人财产权构成侵犯，其行为的实质是对国家司法活动和司法秩序的破坏，因此，定非法处置被查封的财产罪较符合行为的特征，而定侵占罪似乎从法理上难以说通。但是，如果被查封财产被宣布没收上缴国库以后，行为人在有关机关前来搬运被查封财产时故意非暴力阻挠，拒不交出已经被其藏匿、转移的被查封财产的，则构成了非法处置查封的财产罪和侵占罪，由于非法处置查封的财产罪不以拒不交出的行为为必要，藏匿、转移被查封财产的行为就已经构成犯罪，拒不交出的行为属于另外一个独立的犯罪构成要件，两者之间不符合牵连犯（手段牵连）的特征，是两个独立的犯罪构成要件，因而应当数罪并罚；如果行为人在有关机关前来搬运被查封财产时故意以暴力阻挠，拒不交出已经被其藏匿、转移的被查封财产的，则该情形有三个犯罪构成要件即妨碍公务罪、非法处置查封的财产罪和侵占罪，妨碍公务罪与侵占罪之间符合牵连犯的特征，两者择出的一个重罪与非法处置查封的财产罪数罪并罚。

最后，抛弃之物是否属他人之物。他人之物必须是他人对

之拥有所有权或占有权之物。如果物的所有权或占有权不存在，自然不能成为他人之物而作为侵占罪的对象。例如，他人抛弃之物就不是他人之物，但被抛弃之物必须是原本归抛弃人所有，如果被抛弃之物是犯罪所得之物，则不能说是无人所有之物。不过，也有学者认为，原来的所有者放弃了所有权的物，并不一定是无主物，[①] 认为关键看物抛弃于什么场所，如果抛弃于他人有权管理和控制的场所，则他人为抛弃物的新主人，第三人如将抛弃物拿走，则侵犯了抛弃地管理主的财产权。笔者认为上述观点值得研究。从我国民法理论和实务上看，抛弃物作为无主物并可以通过先占取得所有权。[②] 所有人抛弃之动产为无主动产，取得无主动产所有权须有拾得并事实上取得了对该抛弃物的控制。抛弃物所有权之归属一般由拾得行为决定而不是由管理场所决定，如果管理场所工作人员先发现抛弃物并控制了它，则该物所有权归管理场所。所以，行为人如在公园等场所发现并拾得遗弃物的，且以所有之意思占有无主物的，所有权归行为人。但是，如果抛弃物所置于的场所具有绝对排斥他人自由进入的属性，如私人领地或具有排他性的其他场所，则该抛弃物的占有权和所有权属于该场所之主人，因为他人不经场所主人同意是不能进入该场所从而取得物之先占权的。

综观世界各国刑法侵占罪之规定，大多数将犯罪对象表述为“他人之物”。关于财物的他人性，学界有两种学说：一是“民法从属说”，即主张完全从民法上来解释，也即他人有民法

---

① 刘明祥：《论侵犯财产罪的对象》，载于《法律科学》1999年第6期 第106页。

② 参见陈华彬著：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998年4月版 第451-453页。

上所有权的物为他人之物；二是“独立说”，主张从刑法自身的观点来作判断，即只要他人具有在社会观念上应予尊重的经济利益，就可以认为是他人之物。[①] 独立说完全抛弃了民法解释，纯粹从刑法角度论证他人之物，而且标准以社会观念来判断，这似乎有扩大习惯法适用之嫌，因而与现代刑法所追求的罪刑法定原则之精神不符，而且这一学说在实践中难以把握，故采此说不妥。笔者认为，物及物权本来是民法学范畴，更何况行为人持有他人之物多数情况是基于委托和合同关系，即基于民事上的权利义务法律关系的设定取得他人之物，这当然离不开民法及其相关理论来分析和认定。离开这个前提，就不会有法律标准，而刑法的规定又是不明确的，所以，在认定他人之物之权属时，应以“民法从属说”为适当。但是，他人之物是否仅限于民法上有所有权之物呢？在现实生活中，往往会出现这样的情形，占有人依合同或他人委托从所有人处取得物的占有，行为人又从占有人那里取得该物的持有，然后予以侵占，由于占有人对物不享有所有权，很显然行为人侵占的是占有人不享有所有权的他人之物，这种情况下，行为人侵占的是占有物而不是所有物，这不等于行为人没有侵犯占有人的财产所有权，因而照样构成侵占罪。所以，笔者认为他人之物除所有之物外，还应包括占有之物。因为：第一，行为人侵占占有物没有侵犯该物所有人的所有权，因为所有人与占有人设有债权债务关系，通过债权来保障和实现其所有权，物的丢失、毁损、被盗等并不意味债权债务关系的消灭，占有人负有返还原物或原物若灭失负有赔偿损失的责任，因而，所有人之所有权

① 转引自刘明祥：《论侵犯财产罪的对象》，载于《法律科学》1999年第6期第106页。

没有受到侵害。因所有人与行为人没有设定委托关系，而所有人与占有人设定的债权不具有对抗第三人的效力，[①] 因而所有人不能向第三人即行为人主张权利，故行为人侵占所有物不是所有人之所有权。第二，占有人虽然对物没有所有权，但物的丢失、毁损、被盗等意味着占有人没有履行好物的保管义务，由此应承担财产赔偿责任，这样，其财产性利益必然受到损害。可以这样认为，此种情形下的物只不过是占有人财产利益的物质表现或者说是载体，因而该物具有双重属性：一方面它是所有人之所有物，本身就具有价值，另一方面是占有人财产性利益的载体，所以，尽管财产上的利益不是侵占罪对象，[②] 但是，从一定意义上讲，该物能体现占有人的财产性利益。因而也可以看作为占有人之物，即他人之物。第三，占有人可依据占有物返还请求权对行为人行使占有之诉，因为物权（占有权）受到第三人侵害以后，他物权人无需证明自己享有所有权，只需证明其具有合法的占有权，即可以向第三人提出请求和提起诉讼。[③]

（二）构成侵占罪犯罪对象之标准

不是所有的他人之物都能够作为侵占罪的犯罪对象，他人之物能够成为侵占罪犯罪对象需同时具备以下几个条件：

（1）他人之物必须有经济价值。价值是指体现在商品里的社会必要劳动。人们创造劳动成果的目的是为了使物有占有、使用、收益及处分的意义，也即物尽其用。无价值之物不可能有数额大小的衡量度，而刑法第 270 条规定的“数额较大”就

① 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 832 页。
② 甘雨沛、何鹏著：《外国刑法学》（下册），北京大学出版社 1985 年版 第 946 页。
③ 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 832 页。

要求他人之物必须有可衡量的价值，因而无价值之物不可能作为侵占罪的犯罪对象。需要提出的是，这里的价值是指能够由政府物价部门核定的在社会上合法流通的价值，或者虽然不能在社会上流通但能够由政府物价或其他相关部门核定或估量的价值，而不包括“黑市价”、“地下价”。因为具有“黑市价”、“地下价”的物品如毒品、伪钞等因不具有合法的普遍的占有、使用、收益及处分的意义，不具有财产所有权的属性，因而，政府物价或其他相关部门不可能也不能对这些物品核定或估量其价值，数额大小无确定的价值标准，因而，“数额较大”就无从谈起。

(2) 他人之物必须具有管理可能性。所谓物的管理可能性是指物能够处于物之所有人或管理人以外的其他人的把持、控制、料理之下的可能性。如果物之所有人或管理人没有对物赋予这种属性，如管道煤气、液化气、管道自来水、有线电能、空间无线电资源等，煤气、液化气、自来水及电能经营单位不可能将全部生产出来的煤气、液化气、自来水、电能交于某一用户保管，又由于上述物的输送装置的特殊性，也不可能将上述物的一部分交给某一用户保管，那么他人（用户）不可能对这些物处于保管、控制状态，因而无管理可能性的物也就不可能成为侵占罪的对象。

(3) 他人之物必须具有通常意义上的流通属性和交换价值。对作为从被害人处非法获取的赃物的代为保管可能构成赃物犯罪，因而具有持有的犯罪化属性，但这种赃物具有通常意义上的流通属性和交换价值，所以可以成为侵占罪的犯罪对象。而有些物，如枪支、弹药、爆炸物、伪钞、毒品等，虽具有持有的犯罪化属性，但却没有通常意义上的流通属性和交换

价值。由于这些物有的属于国家专控，有的无经济价值，因而缺乏一般意义上的财产属性，而且由于上述物品的危险性和特殊性，所涉及的财产关系不如其他社会关系如公共安全关系、金融秩序、社会管理秩序等令公众和立法者敏感和紧迫，将上述物品与其他社会关系联系在一起比与财产关系联系在一起对保护社会更为有利，鉴于此，刑法已将上述物品作为其他犯罪客体的媒介即犯罪对象加以规定，而没有作为侵犯财产罪的犯罪对象加以规定，这说明国家淡化了其财产价值，对其可以忽略不计，而侧重了对公共安全、金融秩序、社会管理秩序的保护。另外，同一犯罪对象不可能在不同的两类客体的犯罪中加以规定，否则会出现罪名的矛盾性规定，不符合罪刑法定原则。对非法持有人来讲，对上述无经济价值的危险性物品的持有也无财产所有权上的意义，其持有上述危险物品的目的主要是危害公共安全而不是侧重物品的收益。所以，上述危险物品作为侵占罪的犯罪对象已没有任何法律意义。

(4) 他人之物必须具有财产属性。这里所谓财产属性是指物是否被使用都不影响其给权利人产生物质性利益或其他利益，所以，拒不退还或拒不交出这种物对权利人的占有、使用、收益、处分及所有权之返还请求权构成侵犯。而有的物只有被使用才会给权利人产生物质性利益或其他收益；如果不被使用则不会给权利人带来任何物质性利益或其他收益，如发明(表现为文字、图形等)、实用新型、外观设计、商标、商业秘密等。这些能看得见摸得着的客观存在虽然也是物，但是它们的本身缺乏财产属性，只有在用的过程中才会产生物质性利益但不会产生物质本身，即不会以物产物。如果拒不退还或拒不交出但不使用它们的话，就不会给权利人造成物质利益的损

害，这种情况下，拒不退还或拒不交出又不使用它们的话，对代为保管人或拾得人来讲没有任何财产上的意义；而一旦代为保管人或拾得人未经权利人许可而使用上述物则构成了侵犯知识产权罪，如果拒不退还或拒不交出并且擅自使用它们的话，也构成了侵犯知识产权罪。所以，不具有财产属性的物不能作为侵占罪犯罪对象。

(5) 他人之物必须具有所有权转移之可能性。一般情况下，物具有所有权转移的属性，但是极个别的情况下，有的物其所有权不具有转移的属性，如土地等。这就意味着这类物的所有权不可能受到侵犯，因而不能成为侵占罪的犯罪对象，也就是说，对具有所有权转移属性的物的占有才可能发生侵犯所有权的问题，因而具有所有权转移属性的物才可能成为侵占罪的犯罪对象。

(三) 侵占罪犯罪对象之特征

侵占罪犯罪对象与其他财产犯罪犯罪对象不同的是，前者是业已持有的他人之物；后者是非处于行为人事实上控制而为他人控制的他人之物。虽然两者都是他人之物，但是由于他人之物基于某种合法与不合法原因已处于行为人持有之中，从而决定了侵占罪之犯罪对象与其他财产犯罪相比有以下两个特点：(1) 广泛性。由于多数情况下，行为人取得他人之物是基于所有人的委托或同意，所以，行为人取得的他人财物的性质比较广泛，如不动产也包含于侵占罪犯罪对象之中，而盗窃罪的犯罪对象不可能是不动产。受他人之托保管不动产就可能有保管权属证书或接触不动产权属证书的方便条件，也有时间和掩护条件将权属证书变更登记，更改所有人从而使之落入自己名下；而盗窃行为则不可能做到这些。(2) 限制性。他人之物

虽然处于行为人持有，但不是持有的他人之物在什么情况下都可以是侵占罪的犯罪对象，有些情形下，行为人所持有的他人之物的所有权已转移归自己，已变成自己之物。而盗窃罪则无上述限制。所以，他人之物在行为人持有中只要没发生所有权转移，都可以是侵占罪的犯罪对象，因而他人之物具有广泛性；在广泛性基础上，凡他人之物已发生所有权转移的，则不能说是他人之物，因而他人之物具有限制性。限制性以广泛性为基础，是广泛性的内部限制而不是对广泛性的限制。

二、侵占罪犯罪对象的分类

侵占罪犯罪对象是财物，这已为世界各国刑法所规定，但在具体表述上不尽相同。德国、瑞士、意大利、西班牙、巴西等国刑法规定侵占罪犯罪对象是他人动产；法国、瑞士、西班牙等国家刑法还特别强调将金钱、有价证券作为犯罪对象；日本、奥地利、泰国等国家刑法只笼统地规定物或财产为侵占罪对象。我国刑法规定侵占罪的犯罪对象为他人财物，对财物的性质未加以说明。因而有必要从理论上对犯罪对象进行分类。

（一）以财产的自然性质作为标准，可将财物分为动产和不动产、有形物和无形物、特定物和不特定物等。日本和我国台湾刑法虽未明确规定不动产可作犯罪对象，但学理上均承认不动产可作犯罪对象。我国刑法也无明确规定，但多数学者认为不动产可以作为侵占罪之对象。无形财产可否作为侵占对象目前学界还有争论，对此既不能一概否定，也不能一概肯定，应具体分析，后文详述，此不赘述。不特定物也可作侵占对象，但在什么情形下可作侵占对象，学界争论颇大，后文详述。

（二）以财产的法律性质作为标准，可将财物分为公共财产和私人财产、合法财产和赃物、委托物和拾得物等。在理论上，多数学者认为公共财物可作侵占罪之对象，但也有观点认为侵占对象只指个人财产，对此本文在犯罪客体的论述中已有阐明，此不赘述。赃物可作侵占对象在学理上也有争论；拾得物中的遗失物、漂流物、沉没物、逸走之家畜、因自己或他人错误而取得他人之物等能否作为侵占对象问题也存在意见上的差异。关于赃物和某些拾得物可否作侵占对象，本文将在后面详细讨论，此不细述。

三、对几种特殊的侵占罪犯罪对象的研究

学界中对动产、特定物、有形物、遗忘物、埋藏物等财物作为侵占罪的犯罪对象无大争议，但对种类物、无形物、赃物、遗失物等能否作为侵占对象存在很大争议，因而根据前文所述的侵占罪犯罪对象之标准，有必要对此进行深入研究。

（一）不特定物或种类物可否作为侵占对象

不特定物（种类物）是指具有共同特征，可以用品种、规格、数量、长度、容积、重量等标记和抽象单位加以计算确定，并且可以用同种类、同质量的物代替的物，又称可代替物。如玉米、金钱等。不特定物可否作侵占对象，在日本和我国台湾刑法学者进行了较广泛地研究，但观点异说纷纭，概括起来有以下五种学说：(1) 所有权转移说。该说认为，种类物可否成为侵占对象，应视该财物所有权是否已转移于持有人为准。如消费借贷或消费寄托等情形，种类物的所有权已经转

移，因此，借用人或受寄人处分的，并非侵占。[①] 台湾学者陈朴生、陈和慧、褚剑鸿、蔡墩铭、赵琛等，以及日本学者岛田武夫持此观点。[②] (2) 处分权转移说。该说认为，侵占对象并无代替物与不代替物之分，但代替物行为人已取得其处分权者，对其物有所处分时，并非侵占。[③] 日本的山田万之助持此观点。[④] (3) 允许消费说。该说认为，以所有人有无允许持有人消费为标准，允许者则不存在侵占，否则即可成立本罪。[⑤] 日本学者大场茂马、宗二新熊、小野清一郎持此观点。[⑥] (4) 超越权限说。该说认为，以行为人处分自己持有他物有无超越其权限为准，有则成立本罪，反之则否。[⑦] 日本学者木村龟二持此观点。[⑧] (5) 违背委任意旨说。该说认为，以行为人处分代替物有无违背委任意旨为准，故既使是代替物之委托，如果持有人违背其委任意旨的，例如，明知自己不能履行返还之义务，或根本无履行返还之意思而消费者，仍可成立本罪。[⑨] 台湾学者陈焕生、日本学者市川秀雄、牧野英一持此观点。[⑩] 上

---

① 转引自［台湾］王振兴著：《刑法分则实用》，（第三册），三民书局 1987 年版 第 444 页。

② ［台湾］陈朴生著：《刑法各论》，正中书局 1986 年版 第 326 页；［台湾］陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 734 页；［日］岛田武夫：《刑法概论各论》，第 259 页。

③ 转引自［台湾］王振兴著：《刑法分则实用》，（第三册），三民书局 1987 年版 第 444 页。

④ ［日］山田万之助：《刑法原理》，第 502 页。

⑤ 转引自［台湾］王振兴著：《刑法分则实用》，（第三册），三民书局 1987 年版 第 444 页。

⑥ 转引自［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 780－781 页。

⑦ 转引自［台湾］王振兴著：《刑法分则实用》，（第三册），三民书局 1987 年版 第 444 页。

⑧ 参见［日］木村龟二著：《刑法学词典》，顾肖荣等译 上海翻译出版公司 1991 年 3 月版 第 721－722 页。

⑨ 转引自［台湾］王振兴著：《刑法分则实用》，（第三册），三民书局 1987 年版 第 444 页。

⑩ 参见［台湾］陈焕生著：《刑法分则实用》，各大书局 1979 年版 第 343 页；［日］市川秀雄：《刑法学》，第 283 页；［日］牧野英一：《刑法各论》（下），第七卷 第 96 页。

述观点中，超越权限说和处分权转移说并不能说明行为人擅自处分种类物或者超越使用用途的限制而使用种类物具有不法所有之意图，事实上，行为人可以用相同品质、数量之种类物归还所有人，因此，该两种学说缺乏逻辑上的严密性，且与侵占罪的构成要件的要求不相符。所有权转移说、允许消费说及违背委托意旨说都有一定道理，前两种学说从行为人对种类物是否仍存在保管关系为标准来界定种类物能否作为侵占罪之对象；后一种学说是在行为人对种类物存在保管关系的前提下，对种类物施以怎样的行为才使种类物变为侵占对象的，前后两种学说看问题的角度不同，但解决的是同一个问题，所以，它们之间有互补性。

笔者认为，种类物是否是侵占罪之对象应以下列两个标准判断。(1) 客观标准，即行为人对他人种类物是否具有保管关系，以及对保管关系有无特别约定。如有保管关系而无特别的约定，则种类物可作为侵占之对象。所谓对种类物进行保管是指妥善安置种类物以避免其毁损、灭失而减低其经济价值的行为，但是，对种类物进行使用、消费就不是保管且与保管之意正相反。所有人与持有人设定转移种类物所有权的合同，如买卖合同等，持有人取得物的所有权，不存在对他人之物进行保管问题，他可以作为自己之物保管，也可以使用和消费。这种情况下，种类物不能成为侵占罪的对象已毫无疑问。在消费借贷合同中，持有人从所有人处取得种类物进行消费，而消费意味着非替所有人保管种类物，这意味着种类物的所有权已转移给持有人，所以，持有人消费该种类物已不是替他人保管该物，因而也不能成为侵占对象。与上述不同的是，委托代管种类物的合同中，由于持有人仅有保管义务而无使用、消费种类

物的授权，该种类物没有发生所有权之转移，这种情况下，该种类物可以成为侵占对象。那么，无论委托保管合同还是消费借贷合同，持有人都存在拒不返还种类物的情况，为什么委托保管合同关系中种类物可以成为侵占对象而消费借贷合同关系中种类物不能成为侵占对象呢？由于消费借贷合同中，所有人将种类物转让出去用以消费，意味着他对原种类物已不再有返还请求权，他已将物的全部所有权用来与持有人设定债权债务关系，其物的所有权已通过债权形式来实现。这种物的所有权转移符合双方的合意，因而，当持有人拒绝返还相同品质、数量的种类物时，所有人只能通过债权请求权而不是物权请求权主张自己的财产权利，所以，这种拒返种类物之行为属于民事法律关系范畴。而委托保管合同关系中，所有人并没有赋予持有人消费、使用种类物，也就是说没有以物的返还请求权设定债权，由于只是委托保管种类物，因而此种情形种类物已被特定化，[①] 所有人对物仍具有所有权，双方关于物的归属没有意思表示一致的约定，持有人拒返所有物不在所有人的意志以内，所以，拒返持有物的行为不属于损害债权范畴，如果说消费合同中行为人损害所有人债权的话，那么，保管合同中行为人拒返种类物侵犯了所有人之所有权。由于所有权具有绝对性、独占性及排他性的属性，它所针对的义务人是广泛和不特定的。持有人拒返种类物于所有人的行为超出了保管合同双方权利义务的范畴，也超出了双方的合意。行为人侵犯所有人之所有权说明其有主观恶性和人身危害性，是可以对社会任何不特定所有权构成侵犯的潜在威胁，从这个意义上，相对所有人

① 参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（下），北京大学出版社 1985 年版 第 946 页。

之所有权而言，他属于不特定之人，因而完全具备了侵权行为的刑事法律关系的特征。所有权的对应义务是要求任何不特定的人都不能对之侵犯，这个义务就是刑事义务。行为人违反了刑事义务就应承担刑事责任。所以，在保管合同关系中，种类物是侵占罪之犯罪对象。值得注意的是，即使在委托保管合同中，如果所有人考虑到保管物灭失、拒绝返还的风险，在合同中约定民事救济措施的，则行为人拒不返还种类物的行为是违反民事义务的行为，符合双方合意约定的范围，所有人就不能行使物的返还请求权，而只能行使债权中的返还请求权，因而，仍属于民事法律关系范畴，此情形下，种类物仍不得作为侵占之对象。这是对保管关系有特别约定的情形。(2) 主观标准，即行为人须有不法所有之意图。如果所有人在设定合同时转移了种类物的所有权，那么，再去研究行为人是否有不法所有意图是无意义的，笔者在这里强调的是，在委托保管合同中，如果双方就种类物的风险无特别约定的话，行为人是否有不法所有之意图对认定种类物能否成为侵占对象就具有决定性意义。因为在单纯的委托保管种类物的关系中，虽然行为人对他人之物进行单纯保管，但也不能排除其因某种需要使用或消费保管的种类物，尽管他没得到所有人的授权或超越了授权。这种情况下能否说行为人侵犯了所有人之所有权或者说保管之种类物是犯罪对象？对此，学界有观点认为，判断种类物可否为侵占对象的标准之一就是看行为人有没有违背其契约或其他法律行为的本旨。① 笔者认为，这种观点不妥，因为，违背了所有人的本旨并不一定意味着侵犯了所有人之所有权。行为人

① 党燕：《论我国刑法中的侵占罪》，载于《刑法学要论》北京大学出版社 1999 年版 第 662 页。

虽然超越授权擅自使用了种类物，还可以以相同品种、质量、数量之种类物返还，也可以以保管物相当价值之价金进行赔偿，关键的问题是，行为人是否拒绝返还，这就要看他有无不法据为己有之意图了。如果其擅自消费保管之种类物，且意图据为己有，不想归还，如明知自己不能履行返还义务或根本无履行返还之意思而擅自消费等，这种情况下，种类物就可成为侵占对象；如果有返还之能力或返还之意思而擅自消费种类物，则该种类物不能成为侵占之对象。

综上所述，种类物能否成为侵占对象应根据主客观标准的有机统一进行分析判断。

（二）因不法原因而持有的他人财物能否成为侵占罪的对象

因不法原因而对他人财物的持有是指受托人对委托人合法所有但受委托从事犯罪活动的委托物和行为人对他人犯罪所得的赃物、他人违法活动所得的违法之物以及行为人自己犯罪所得的赃物、违法活动所得的违法之物的持有。

1. 受托人对委托人合法所有但受委托从事犯罪活动而持有的委托物可否作为侵占对象。这个问题存在颇多争议，在刑法理论上有三种学说。（1）积极说，也称肯定说，该说认为，因不法原因而给付之物，也可为侵占对象。采积极说因论证角度不同有三种观点：①委托人虽不得依民法规定向受托人请求返还不法原因给付之物，但未因而丧失其所有权，故受托人就该项因不法原因所给付之物，仍为占有他人之物，从而如有任意取得之行为，即成侵占罪。②应离开民法是否保护，而论刑法上有无犯罪性。③以刑法之关系应与民法上之效果分别观察，故因不法之原因给付而占有他人之物者，亦为侵占罪。

(2) 消极说，也称否定说，该说认为，因不法原因而给付之物不得为侵占罪之对象。该说有以下几个角度的论述：①给付者不得请求返还其物，则收益者对给付者不负任何义务，因而给付者对收受者即无应受保护之所有权，从而收受者就该物所为之行为，即无成立侵占罪之余地。②此种场合，不能认为违背侵占委托物罪所要求之法律意义之委托信赖关系，故不成立侵占罪。③以对民法上无返还义务者，以刑罚制裁强制其返还，得破坏全体法律秩序之统一性，故应否定其成立侵占罪。(3) 折衷说，该说认为：①以给付者基于将物之所有权付予收受者之意思，而移转其占有之场合，因给付者无返还请求权，或收受者纵不予返还，亦不成立侵占罪，例如，以行贿之意思而委托财物，或为收买选票而交付财物者，行为人并没丧失返还请求权。②但因不法原因而为财物之委托，因其欠缺侵占委托物罪中之违背信任关系之要素，故应成立侵占脱离持有物罪。③以为关于不法原因给付应视给付人是否保留所有权，不可一概而论，如给付者保留其所有权，而仅委托保管财物或金钱之场合，则受给付者为占有其人之物，若不法取之，自应成立侵占罪。[①] 上述学说中，台湾学者和日本学者多数主张消极说，但在台湾地区和日本的刑法实务中，多采用积极说。[②] 由于折衷说过于烦琐，在适用上有很多困难，其认为应成立侵占脱离持有物罪有明显不妥，因为脱离持有物是基于所有人的过失或错误造成的，而不法原因给付之物是基于所有人有意识地委托和

---

① 关于因不法原因给付之物能否成为侵占对象的三种学说转引自蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》(下)，五南图书出版公司 1984 年版 第 738－739 页。

② 参见［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》(下)，五南图书出版公司 1984 年版 第 739 页；［日］木村亀二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译 上海翻译出版公司 1991 年版 第 729－730 页。

给付。积极说和消极说争论之焦点是不法之物的所有权是否转移给了受托者，积极说主张委托人没丧失所有权，但丧失了返还请求权，这种认识在理论上是矛盾的；消极说主张委托人已无民法保护之所有权，受委者对所有人不负任何义务。受托人相对委托人而言，上述认识有合理性，但由于所收财物之性质决定了受托人也不对该物享有所有权，该物并非无主物，同真正的所有者的关系而言，受托人仍然是保管他人之物，因而消极说也存在缺陷。国内刑法学界对此也有两种相对立的观点：一种观点认为，基于不法原因而委托给付的财物不能成为侵占对象，因为：①委托人与受托人之间不存在法律上委托信任关系；②即使存在委托信任关系但由于是非法的委托信任关系，不受法律保护，因为刑法处罚侵占罪是为了保护合法的委托信任关系；③委托人已丧失了返还请求权；④由于委托人丧失了返还请求权，法律不要求受托人返还财物这就意味着不存在受托人“拒不退还”问题；⑤无被害人、无告诉者，侵占罪不成立；⑥国家没有实施没收行为的情况下，该物不属于国家所有；⑦有其他犯罪处罚该行为，不必定侵占罪。[①] 另一种观点认为，基于不法原因而委托给付的财物可以成为侵占罪的犯罪对象，因为受托人对物没有所有权，将之据为己有有社会危害性和刑事可罚性。[②]

笔者认为，基于不法原因而委托给付的财物能否成为侵占对象关键看是否具备下列条件：（1）基于不法原因而委托给付

---

① 刘明祥：《论侵吞不法原因给付物》，载于《法商研究》2001年第2期；吴学斌著：《析侵占罪行为客体的几个问题》，载于《律师世界》1998年第5期 第41页。

② 参见王作富：《略论侵占罪的几个问题》，载于《法学》1999年第 期 第6页；赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998年版 第320页。

的财物是否为无主物；（2）受托人对委托物是否存在保管关系；（3）受托人有无非法据为己有之意图和行为。如果是有主物、存在保管关系、有不法所有之意图和行为，受托人之行为符合侵占罪之特征，因而基于不法原因而委托给付的财物自然就是侵占之对象。

首先，基于不法原因而委托给付的财物并不是无主物，如果所有人以自己的所有物用以作为犯罪的物质条件，则该所有物为赃物，当所有人将之交付给受托人代其实施犯罪，如行贿时，所有人即丧失物的所有权和物的返还请求权，按国家法律规定，该物由国家没收，上缴国库，所有权归国家。不过有学者认为："应当收归国有的财物不等于已经是国家所有的财物，在国家还没有实施没收行为的情况下，该财物并不属于国家所有，因此，行为人的行为根本没有侵犯国家的财产所有权。……如果认为收受人的行为侵害了国家的财产所有权，那就意味着收受人从收到该财物开始就是在'代国家保管国家所有的财物'，这是非常牵强的。"① 笔者认为，所有权的取得并不以对物的实际控制作为唯一依据，物虽未处于自己的实际控制状态，但是法律的规定或者赋予也是所有权取得的一个重要依据。此外，对物的实际控制或曰占有与所有权是可以分离的，国家依据法律对物享有的所有权可以收回他人对物的占有，如果国家没有所有权，就不能收回他人对物的占有，也无权实施没收行为。"应当收归国有"意味着国家依法享有对物的所有权。有了所有权，就可以行使返还请求权，就可以没收属于国有之物。值得指出的是，物之所有权是实施没收行为的前提和

① 张明楷著：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版 第 587 页。

基础；没收行为必须以所有权的享有为依据，先有所有权后有没收行为，而不是先有没收行为后有所有权。国家对物享有所有权绝对不是靠没收行为取得的。上述观点不妥之处的根源在于所有权的取得必须取决于对物的实际控制。而事实上所有权与对物的占有是可以分离的；有了所有权，虽然对物没有事实上的占有但仍然对物有法律上的占有。因此，国家依法对不法原因给付之委托物享有所有权，收受人从收到该财物开始就是代国家保管该财物，如果收受人在国家索要或没收该财物时拒不退还，就侵犯了国家财产所有权。这种情况下，国家就是被害人，可以针对收受人"拒不退还"的实际情况行使告诉权。因此，在不法原因委托的场合，委托的非法性决定了委托人对交给对方的财物已丧失返还请求权，也就是对委托物已不再拥有所有权，但受托人占有的委托物仍然属"他人之物"，这里的"他人"是指委托物的真正所有人——国家。

其次，既然基于不法原因而委托给付的财物不属无主物，而受托人又在事实上控制着该物，则受托人自然对该物存在保管之义务，负责妥善保管，不能使之灭失、毁损，更不能据为己有，这是由物的所有权的属性决定的。所有权具有弹力性和排他性之属性，它要求任何不特定的人都不能破坏其圆满状态，以保持其原有价值和交换价值，因而，任何没取得物的所有权而持有该物的人必须负责该物的完整性，不得损耗其价值，这是所有权对持有人提出的保管要求，可见，持有人（受托人）对基于不法原因而委托给付的财物处于保管关系。那么，如何看待这种保管关系呢？这种保管关系如果是非法的，委托物能否成为侵占罪的犯罪对象呢？诚然，委托他人用自己交付的财物从事犯罪活动是法律所禁止的，委托人与受托人之

间形成的这种非法的委托关系当然不受法律保护。但是，不能以委托关系的非法性来否定委托物成为侵占罪的犯罪对象，也不能说基于不法原因而委托给付的财物是侵占罪的犯罪对象等于承认法律保护了非法的委托保管关系。因为非法委托保管关系是人与人之间的关系，法律否定这种关系等于判定建立关系的双方当事人对委托物权属的丧失，但不等于否定委托物没有其他权属的主体。委托物的权属法律已明文规定归国家所有，所以，国家对委托物的权属关系是合法的。正因如此，把基于不法原因而委托给付的财物作为侵占罪的犯罪对象既意味着国家法律否定非法委托关系，又意味着法律保护国家对该不法委托物的财产所有权，而并不意味着“保护了非法财物获得者的所有权”，① 不存在承认基于不法原因而委托给付的财物是侵占罪的犯罪对象等于保护了非法的委托保管关系的问题，正如因索要法律不保护的债务而绑架人质按非法拘禁罪而不按绑架罪论处不等于法律承认法律不保护的债务合法化一样，其基本原理是相同的。笔者认为，学界在委托人与受托人之间有无委托保管关系作为认定赃物可否作为侵占对象已无任何实质意义，因为保管关系不一定通过委托来设定，基于事实行为，如持有或占有非所有物也一样存在对物的保管关系，探求是谁赋予受托人保管财物有什么意义呢？倒退一步讲，即使委托人委托受托人保管委托物系非法，那也只是后来的法律认定问题，在此之前，受托人毕竟事实上保管他人财物，如果认定不合法，则是否意味着他人可以随意对物进行侵害呢？这显然对物的保护是不利的。所以，受托人对物的保管关系不能从委托人

① 陈兴良主编：《刑事法判解》，(第2卷)，法律出版社 2000 年4月版 第16页。

实施委托的角度来判断，应从物的真正所有者角度去判断。正如有的日本学者所认为那样："赃物的委托人由于对赃物没有所有权，受托人当然就不能构成占有委托人的所有物。就对委托人的关系而言，不能成立侵占罪，这是很明确的。可是赃物的保管人由于依然是他人之物的保管者，所以，同真正所有者关系而言，可以考虑是侵占（前述大判大正 4. 10. 8，最判昭和 36. 10. 10 都认为这种意见是妥当的，再有大判大正 6. 10. 23 刑录 23 辑 1091 页，江家，柏木）。"①

最后，如果受托人将保管的赃物或违法之物非法据为己有，拒不退还的，则构成侵占罪，赃物或违法之物可以作为侵占对象。这里需要说明的是：①如果受托人在委托人没有告之委托物是用来从事犯罪活动而持有委托物，意图占为己有的，虽然委托人丧失了返还请求权，但真正的所有人即国家向其索要时，受托人拒不退还的，则该委托物就是侵占罪犯罪对象。②如果受托人明知委托物是用来从事犯罪活动（如行贿等）的，在接受该委托物时允诺并且确实想从事该犯罪活动，尔后不去实施该犯罪行为却产生了非法占有该委托物的意图，这种情况下，受托人与委托人构成了该犯罪的共犯（预备犯或对受托人来说还可能是中止犯），受托人在国家索要委托物时又拒不退还的，又构成了侵占罪。侵占罪与前述犯罪是各自独立的犯罪构成，因为是两个犯罪故意，两个犯罪行为（前述犯罪是作为方式，侵占罪是不作为方式），具备了两个犯罪构成。因而，委托物既可作前述犯罪的犯罪对象，又可作侵占罪的犯罪对象。③如果受托人明知委托物是 用来从事犯罪活动的，在

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 729 页。

接受该委托物时虽允诺从事该犯罪活动但从内心根本不想从事该犯罪活动，真实意图是假借从事该犯罪活动实则想非法占有该委托物。受托人在这种意图的支配下接受了委托物。在这种情况下，第一，受托人与委托人不够成该犯罪的共犯；第二，受托人也不够成诈骗罪，因为委托人一旦讲明委托物的用意，即丧失了对物的所有权，而受托人隐瞒事实真相的手段又不是针对真正所有人，因而诈骗手段与委托物是分离的，不具备诈骗罪的构成要件。将上述两种犯罪排除后，如果国家向受托人索要委托物，受托人拒不退还的，则该委托物可以作为侵占罪的犯罪对象。④如果受托人明知委托物是用来从事违法活动的，如用来行贿但数额没达到构成犯罪额度；或用来从事生产、销售伪劣产品但没达到构成犯罪的数额等等，无论其是否主观上是否想从事该违法活动，只要接受了委托物并非法占为已有，经真正权利人索要时拒不退还的，则该委托物就可以作为侵占罪的犯罪对象。

2. 赃物及违法之物可否作为侵占罪之犯罪对象。对他人犯罪所得的赃物、他人违法活动所得的违法之物以及行为人自己犯罪所得的赃物、违法活动所得的违法之物可否作为侵占罪之犯罪对象，也是刑法学界争议比较大的一个问题。

(1) 代为保管的他人犯罪所得的赃物、他人违法活动所得的违法之物可以可否作为侵占罪之犯罪对象。国外刑法学界对此有肯定说和否定说两种截然对立的观点。肯定说认为代为保管的他人犯罪所得的赃物作为侵占罪之犯罪对象。[1] 理由是，

---

① 参见［日］林干人：《财产犯的保护法益》，东京大学出版社 1984 年版 第159页。该资料转引自刘明祥：《论侵吞不法原因给付物》，载于《法商研究》2001年 第2期。

侵吞赃物的行为是对赃物所有权人的所有权再次侵犯，完全符合侵占罪的构成要件。德国的学说与判例均支持该观点。① 否定说认为，代为保管的赃物不能作为侵占罪的犯罪对象，因为基于委托而将其处于保管之中，即使擅自占有该物件，因为委托人不仅没有所有权，而且也没有其他任何权利，就受托人而言看起来只成立寄藏赃物罪，而不成立侵占罪。②

我国刑法学界对此也有两种不同的观点。一种观点认为，代为保管的赃物可以作为侵占罪的犯罪对象，③ 理由是，赃物并非无主物；侵吞赃物是对物之所有权人的所有权再次侵犯。另一种观点认为，侵吞赃物的行为可以认为是一种继续持有赃物或者保持其不法状态的行为，不必作单独评价，④ 也就是说赃物是赃物犯罪的犯罪对象而不是侵占罪的犯罪对象。笔者认为，代为保管的赃物能否作为侵占罪的犯罪对象与行为人最终能否以侵占罪论处是两个不同的概念。无论是“侵吞赃物行为已被赃物吸收，没必要另外单独定罪处罚”，⑤ 还是赃物犯罪与侵占罪发生牵连，择一重处断，⑥ 侵占罪的犯罪构成毕竟是客观存在的。也正因如此，才可能发生侵占罪被赃物犯罪吸收或者侵占罪与赃物犯罪发生牵连问题。从侵吞赃物过程中存在

---

① 转引自刘明祥：《论侵吞不法原因给付物》，载于《法商研究》2001 年 第 2 期。

② 参见［日］木村龟二主编：《刑法学字典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 728—729 页。

③ 参见王作富：《论侵占罪》，载《法学前沿》（第 1 辑），法律出版社 1997 年版第 43—44 页；陈兴良主编：《刑事法判解》，法律出版社 2000 年 4 月版 第 16—17 页。

④ 刘明祥：《论侵吞不法原因给付物》，载于《法商研究》，2001 年 第 2 期。

⑤ 参见［日］新保义隆：《刑法各论》，早稻田经营出版 1997 年版 第 227—228 页。该资料转引自刘明祥：《论侵吞不法原因给付物》，载于《法商研究》2001 年 第 2 期。

⑥ 参见叶高峰：《侵占罪若干问题研究》，载于《郑州大学学报（哲学社会科学版）》1999 年 第 5 期；赵秉志主编：《侵犯财产罪》，中国人民公安大学出版社 1999 年版 第 261 页。

侵占罪的犯罪构成要件的角度看，代为保管的赃物可以作为侵占罪的犯罪对象。理由是：①赃物是有主物，属于被害人的财产，或者如果没有被害人或被害人找不到，其权属应归国家。总之，赃物不属于直接获取赃物的犯罪人和受犯罪人委托代为保管赃物的人。②既然赃物不是无主物，那么按照物的所有权排他性及圆满状态性的要求，任何非权利人持有他人之物则必须有保管和返还义务，这种保管和返还义务是与所有权相对应而不是针对委托人所履行的义务，因此，把赃物作为侵占罪犯罪对象不是对非法委托保管关系的保护，而是对权利人物之所有权的保护。③侵吞赃物行为并不能为赃物犯罪所包容，因为刑法惩治赃物犯罪的侧重点是打击妨碍社会管理秩序的行为，是为了保护社会管理秩序，并没有包含保护财产所有权的内容，而在侵吞赃物的场合，被害人或国家的财产所有权已经受到了事实上的侵犯，刑法既然已有相应的罪名规定，如果不对这种刑事侵权行为进行否定性的评价和责难，那将与刑法的任务和宗旨背道而驰。④代为保管赃物并侵吞赃物的行为是否是赃物犯罪的不法状态的延续呢？回答是否定的。所谓不法状态的延续是指侵犯同一客体过程中的不法状态的延续。因而直接从被害人那里非法获取并占有赃物的人已对被害人所有权中的占有权构成了侵犯并构成犯罪（如盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、抢劫罪等），构成盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪或抢劫罪的行为人处置赃物（委托他人窝赃、销赃等）的行为按刑法学界的通说是上述犯罪的不法状态的延续，不具可罚性，但受托保管赃物的人由于不具备上述犯罪的共犯条件，因而保管赃物行为就不是上述财产犯罪的不法状态的延续，因此，刑法对此设置了独立的罪名。由于保管赃物的人与委托人对侵犯他人财产所有权

没有共同的意思联络，而侵吞赃物的故意又是独立的，侵犯被害人的财产所有权的行为方式和内容与委托人侵犯的行为方式和内容不同，如前所述，委托人只侵犯了所有权中的占有权，而保管人侵犯了所有权中的返还请求权，也就是说，被害人的财产所有权再次受到了侵犯。所谓再次受到了侵犯是指，①侵犯所有权的内容不同；②与委托人在侵犯所有权方面没有故意联络；③保管人靠独立的犯罪构成侵犯被害人的所有权。因此，保管人侵吞赃物行为完全具备了侵占罪的构成要件，而不是赃物犯罪的不法状态的延续。很明显，保管赃物妨碍社会管理秩序；而侵吞赃物侵犯了他人财产所有权，两者侵犯的客体不同，不存在侵犯同一客体情况下的不法状态延续问题。

保管的赃物可以作为侵占罪的犯罪对象包括以下几种情况：

①如果行为人始终不知是犯罪所得赃物，受委托而代为保管或销售其赃物，在保管过程中临时起意非法占有该赃物，由于行为人没有窝赃、销赃之故意，因而不构成赃物犯罪，当权利人向其索要赃物而行为人拒不退还的，则该赃物可以作为侵占罪的犯罪对象。

②如果行为人明知是他人犯罪所得的赃物而代为保管，在保管过程中又产生了非法占有之故意，经权利人索要而行为人拒不退还的，除构成赃物犯罪外，还单独构成侵占罪，属于数罪，应当并罚。不过也有观点认为这种情况属于牵连犯。[①] 这种情况下，无论是数罪还是牵连犯，都不影响赃物可以作为侵占罪的犯罪对象。

---

① 参见陈兴良主编：《刑事法判解》，法律出版社 2000 年 4 月版 第 16 页。

③如果行为人明知是他人犯罪所得的赃物而代为保管的目的就是为了尔后侵吞，并实施了非法占有，拒不退还的行为，这种情况下，行为人既构成了赃物犯罪，又构成了侵占罪。不过有观点认为这种情况下只构成侵占罪一罪。[①] 笔者认为，这种情况下赃物犯罪也是客观存在的，它同侵占罪是在一个犯罪目的的支配下的两个有牵连的行为，且属于手段牵连，应择一重罪按赃物犯罪定罪处罚。但由于侵占罪的犯罪构成也是客观存在的，因此，赃物可以作为侵占罪的犯罪对象。

④行为人事前不知代为保管的财物是赃物，在保管过程中委托人才告之是赃物或权利人在索要时告之是赃物，这种情况下，委托人告之是赃物而行为人仍然保管，说明其有保管赃物的故意，经权利人索要而行为人拒不退还的，构成赃物犯罪和侵占罪，两者数罪并罚，赃物可以作为侵占罪的犯罪对象。权利人在索要时告之是赃物的，而行为人拒不退还的，意味着拒不退还行为既有继续保管的故意，又有非法占有的故意，属于拒不退还的消极不作为与保存赃物的积极作为的牵连犯，择重论处时，由于侵占罪的犯罪构成是客观存在的，因而赃物可以作为侵占罪的犯罪对象。

⑤对于违法所得，无论行为人是否明知其性质而代为保管的，经权利人索要拒不退还的，则违法所得可以作为侵占罪的犯罪对象。

(2) 行为人自己犯罪所得的赃物拒不退还给被害人的，该赃物可否作为侵占罪的犯罪对象。行为人自己犯罪所得的赃物可否作为侵占罪的犯罪对象的问题目前刑法学界没有争议，通

① 参见李世军：《侵占罪浅析》，载于《法学评论》1998年第6期。

常的观点认为，行为人对通过犯罪所得的赃物的处置是直接获取赃物犯罪的不法状态的延续，不具可罚性。这里关键的问题是被害人向犯罪人索要其财物，而犯罪人拒不退还的，能否理解为对被害人的财产所有权构成了再次侵犯。由于直接获取赃物的犯罪行为剥夺了被害人对财物的占有权，依法构成了犯罪既遂，而犯罪人非法占有的目的不单纯是占有该物，也包括处置该物，即永久剥夺被害人的财产所有权。因而，直接获取财物的犯罪行为从占有财物、处置财物到拒不退还财物只是一次性地以一个犯罪构成侵犯了被害人的财产所有权，不存在再次侵犯财产所有权的问题。从这个意义上讲，行为人自己犯罪所得的赃物不能作为侵占罪的犯罪对象。

但是，有一个问题需要探讨，那就是被害人向犯罪人索要其财物时，犯罪人拒不退还，对犯罪人仍以直接获取赃物的那个犯罪行为定罪处罚对被害人财产所有权的保护是否有利？从理论上讲，在直接获取赃物的那个犯罪中，如盗窃罪、诈骗罪等，由于财物被犯罪人非法占有是犯罪行为给被害人造成的直接损害，因而被害人可以以刑事附带民事诉讼来保护自己的财产所有权。

但从目前的司法实务上看，司法机关在追究犯罪人直接获取赃物的那个犯罪刑事责任时，均向犯罪人追缴赃物以便返还给被害人。但是，当犯罪人已将赃物挥霍、毁灭、隐匿或者进行其他处置时，意味着赃物追缴不上来，这种情况下，司法机关也只能在量刑时酌情重处，尽管如此，也弥补不了被害人的财产损失。笔者认为，为了使被害人财产权利得到有效的法律保障，以法院的判决加以确定是必要的。而刑事附带民事诉讼是这种必要性的实现方式，无论是在公诉案件还是在刑事自诉

案件中，为使刑法充分发挥其保护功能，在未来的立法评价上将犯罪人拒不退还财物的行为作为侵占罪从直接获取赃物的那个犯罪分离出来并作出明确规定也是对被害人的一种司法救济措施，让被害人也参与到诉讼中来，对其所有权的保护不是更有利吗？更何况赃物是有主物，犯罪人虽然以犯罪手段控制了赃物，但对赃物也有保管和返还义务，经被害人索要犯罪人拒不退还，也符合侵占罪的构成要件，只是这种行为侵犯所有权已包容于直接获取赃物的那个犯罪中，属于侵犯所有权的一个组成部分，被吸收掉了而已，但在立法时，从保护被害人所有权的角度，可以作出不吸收从而使侵占罪独立出来的立法。

（三）违禁物可否作为侵占罪的犯罪对象

违禁物是指法律禁止私人所有、占有和持有的物品，如毒品、假币、枪支弹药、淫秽物品、国家秘密的文件资料、专用间谍器材等。由于违禁物涉及国家和社会安全，属于高度危险物品，所以，刑法规定持有某些违禁品本身就是犯罪，不以非法据为己有为必要。但是，如果持有人将持有的违禁品非法据为己有，拒不退还的，能否构成侵占罪？对此，台湾刑法学者大多都认为违禁品可以作为侵占罪之对象，① 但都没有作具体分析。国内关于违禁品能否成为财物罪侵害对象存在两种观点：(1) 违禁品如枪支弹药、毒品、淫秽物品等均不属于非所有物，所以也可以成为财产罪的侵害对象。② 即“并不是说不能成为侵占罪的的犯罪对象”。因为，违禁品虽然没有法律所

① 参见［台湾］梁恒昌主编：《刑法实例研究》，五南图书出版公司 1983 年版 第 376 页；［台湾］孙德耕著：《刑法分则实用》，各大书局 1971 年版 第 419 页；［台湾］赵琛著：《刑法分则实用》（下册），梅川印刷有限公司 1979 年版 第 875 页。

② 参见金凯主编：《侵犯财产罪新论》，知识出版社 1988 年版 第 11 页；高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》，（第 2 卷），法律出版社 1999 年版 第 119 页。

承认的价值，但其仍然有交换价值和使用价值，而且其本身具有某种特点的“地下价值”或者说“黑色价值”。尽管法律明令违禁品禁止拥有或者流通，但是法律越禁，往往利润越高，因而从这个意义上讲，违禁品作为一种“黑色”商品存在是有经济价值的。另外，1997年最高人民法院的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中，对违禁品可作为盗窃罪的犯罪对象持肯定态度，根据该规定的精神，侵占违禁品的行为可按侵占罪论处。① （2）违禁品能否成为侵犯财产罪对象关键在于刑法是否已就取得违禁品的行为规定了相应的其他性质的犯罪。因此，在我国刑法已规定了盗窃、私藏枪支弹药等罪名的情况下，枪支弹药显然不再属于侵犯财产罪的对象。至于对未规定相应罪名的其他违禁品则有可能成为侵犯财产罪的对象。② 笔者认为造成上述两种观点缺陷的主要原因是都没有论证违禁品是否属于财产犯罪中的物。如果违禁品具有财产性并具有通常意义上的流通性和交换价值，则成为侵占对象是无疑的，如同有价值的赃物一样；如果没有财产性，则不可能构成财产罪的侵犯对象。那么，违禁品是否属于财产罪中的财产呢？回答这个问题之前首先要搞清楚什么是财产罪中的财产或者说财产罪中的财产的属性是什么。财产罪中的财产是指有价值、使用价值和有限制的交换价值的物，其物的价值只能依据客观标准判断。财产的属性是否以具有价值为必要在刑法学界存在很大争议。日本刑法学界关于这个问题有必要说和不要说两种观点。必要说认为，财物只要是财产罪的客体，具有一定

① 赵秉志著：《侵犯财产罪》，中国人民公安大学出版社 1999 年版 第 259－260 页。

② 赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 30－31 页。

的财产的价值是必要的；不要说认为，可以不问财产价值有无，只要是有管理可能性的物就行。① 国内关于这个问题也认识不一。一种观点认为，作为侵犯财产罪对象的财物，并不要求具有客观上的经济价值，即使它客观上没有经济价值，也不失为财产罪的对象。例如，某些纪念品、礼品，本身不一定具有客观的经济价值，但所有人、占有人认为它是有价值的，社会观念也认为这种物是值得刑法保护的物，因而属于财物。②另一种观点认为，只有具有一定经济价值的财物，才能成为财产罪的侵害对象。判断某物是否有经济价值，其标准是客观的。某件物品是否有经济价值主要通过市场关系来体现。③ 笔者认为，作为财产罪中的财物必须有价值和交换价值，因为：第一，财产罪中的财物要体现所有权关系，而所有权关系在现代社会中具有社会的、经济的机能，从所有权的权能看，物的使用权是由物的价值和交换价值决定的。所有权的存在"必然要求在经济上实现自己和增值自己。人们拥有某物，都是为了在物上获取某种经济利益以满足自己的需要，只有当这种经济利益得到实现后，所有权才是现实的。如果享有所有权对所有人毫无利益，所有人等于一无所有。所有权在经济上实现自己，除了获取物的使用价值（使用）和获取物的价值（处分）以外，还要取得用物化劳动所产生出来的新价值（收益）。"④所以，所有权决定了物的价值、使用价值和交换价值。第二，数额大小是衡量财产罪社会危害严重程度的重要标准之一，而

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 678 页。
② 张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版 第 759 页。
③ 赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 159 页。
④ 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年版 第 264 页。

财物的数额大小要依财物的价值和交换价值为依据，通过市场关系来体现。如果财物没有价值和交换价值，也就不存在财物的数额大小。判断财物价值和交换价值要通过市场规则来把握，而不能通过人的主观愿望或社会观念加以赋予，这方面是有法律标准也即客观标准的。值得提出的是，财物的交换价值并不是无限制的，有些物虽然有价值和使用价值，但国家禁止其在市场交易或私下交易的，也不能说其具有普遍意义的交换价值，因而不能把这类物称为财产罪中的财物。根据上述对财产罪中财物的理解，笔者认为，违禁物不具备财产罪中的财物的属性，其中，枪支弹药虽然有价值和使用价值，但不具有交换价值，属国家规定的禁止流转物，国家把它们作为犯罪对象是侧重对公共安全和社会秩序的保护而没赋予其财产的意义。伪币、毒品、淫秽物品本身是没有价值的，国家对这类物品采取销毁的做法，以阻止其被再次利用，如果有价值的话，国家不会销毁它的。虽然不法分子对其炒作，那也是人为地、主观地赋予其的价值，但这种价值不是来自于物的本身的自然属性，也不会有法律标准或客观标准对其进行价值评断。刑法将其作为某些犯罪的对象是侧重对金融秩序和社会秩序的保护，而不是侧重于违禁品所有权的保护，后者比前者微不足道。此外，违禁品可作盗窃罪的犯罪对象虽然有司法解释为依据，但是，盗窃违禁品构成盗窃罪是以“情节严重”为必要，而不是以“数额较大”为前提。根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第（八）项规定：“盗窃违禁品，按盗窃罪处理的，不计数额，根据情节轻重量刑。”可见，法律不承认其“地下价值”或“黑色价值”，而构成侵占罪依法只能以“数额较大”为必要，刑法没有规定“情

节严重”可以构成侵占罪，但是盗窃行为“情节严重”的，可以依法构成盗窃罪，因此，不能以盗窃罪的有关规定套用于侵占罪，否则，与罪刑法定原则相悖。所以，对毒品、伪币无论是非法持有、还是使用，刑法均规定了相应罪名，对上述违禁品的一切非法利用行为都是对社会秩序的破坏。鉴于此，行为人即使将违禁品非法据为己有，拒不交出或拒不退还的，也不能以侵占罪来论处。综上所述，违禁物非属财产罪中的财物，因而，不能作为侵占罪之犯罪对象。

（四）无形物可否作为侵占之对象

无形物是指视觉无法感知却有实体存在的物，如电、煤气、液化气、天然气、水力、压力、人工冷气、人工暖气、电波、磁力、原子能等。上述电能和气能合称为电气。随着社会的发展和进步，无形物能源将随之广泛，但有些无形物人们无法在事实上进行控制，很难想象对这些无形物能处于持有状态，所以，对无形物能否作为侵占对象也不能一概而论，应具体分析。即使是对有管理可能的无形物如电气能否作为侵占对象也不是无争议的。日本有的学者认为，电气不能作为侵占罪之对象，[①] 因为日本刑法第 245 规定，电气视为财物只适于盗窃、强盗、诈欺、恐吓这几个法律明文规定的犯罪，其他财产犯罪则不能适用，否则，就违反了罪刑法定原则。但是也有学者认为，电气可作侵占罪之对象。[②] 在台湾，电气已由法律明文规定为侵占对象，所以，学者对此无争议。在我国刑法没有明确规定电气可以作为侵占对象，但是电气的财产属性已经得

① ［日］法曹同人法学研究室编：《详说刑法》，（各论）、法曹同人 1990 年日文版 第 112－113 页。
② ［日］木村龟二主编：《刑法词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 721 页。

到司法解释的承认。最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（1998 年 3 月 10 日生效）第 1 条第（三）项规定："盗窃的公私财物，包括电力、煤气、天然气等。"可见，电气成为盗窃罪的对象已有法律依据，但能否据此说电气也可以成为侵占罪之对象呢？对此，国内有观点认为，电气可作为侵占之对象。[①] 但也有观点认为，无形能源为所有人、管理人实际占有或为使用人占有使用时，不能成为侵占罪之对象。[②] 前一观点忽视了电气中的电能能否处于行为人管理、持有状态；后一观点没有回答电气除在所有人、管理人和使用人以外的其他人有无可能持有电气，因为，如果能够的话，也具备了代管他人财物、非法据为己有、拒不退还的情形，因而也可以作为侵占罪之对象。笔者认为，无论是何种无形能源，能否成为侵占罪的对象关键看这种无形能源能否有代为保管的可能性，这就要对各种无形能源状态、存在方式和流通方式进行分析。一般来讲，各种无形能源作为有价值和交换价值的物从其产生和输出是由统一的设备系统进行控制，每一个环节都不可分割，正是这个系统的统一运作，才将无形能源送入到每一个使用人那里。在使用人没使用该无形能源之前，该无形能源始终处于所有人即生产者的实际控制占有之下，而不可能将正在使用、生产中的整个系统委托他人单纯的保管，否则就失去生产价值和经营目的。从使用者角度看，在其没有使用前，无形能源非处于其持有、保管中，因为输送系统有众多的控制设备和计量仪器，在无形能源未从计量仪器通过前，

① 邓又天主编：《中华人民共和国刑法释义与司法适用》，中国人民公安大学出版社 1997 年版 第 562 页。

② 高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》，（第 2 卷），法律出版社 1999 年版 第 113－114 页。

无形能源仍处在所有者事实上的控制中。而一旦无形能源从计量仪器通过时，说明使用者使用了该无形能源，而不是单纯地保管无形能源。消费无形能源是使用者的权利，付费是其义务；提供无形能源是生产者的义务，收取费用是其权利，使用者与所有者之间的权利义务关系符合双方的合意，属于民事上的债权债务关系，即使使用者拒付费用，所有者也只能行使债权请求权而不能行使物权请求权，因为无形能源具有用则即灭失的一次性使用之特点，所以，所有者同意他人使用即丧失了原物返还请求权。可见，对所有者而言，不可能将系统输出的无形能源委托他人单纯保管；对使用者而言，无形能源的收取即意味着已拥有原物之所有权，不论其是否使用、消费，对无形能源都不存在保管关系。从这个意义上讲，无形物不能作为侵占之对象。

但是，下列情形下，无形物可以作为侵占之对象：(1) 当电能、天然气等被制作成成品时，如用电能充电而成电箱，用天燃气、液化气充气而成的听罐，由于无形物以一定的物质形式作为载体，使之从无形化转化为有形化，使之具有代为保管的可能性，因此，对他人委托代为保管的电箱、电瓶、电池及液化气罐等非法据为己有，据不退还的，构成侵占罪，因而，在载体价值忽略不计的情况，无形物可以成为侵占对象。(2) 因所有人即无形物的生产者、销售者的错误，在给他人往液化气罐注入液化气时，多给了购买者价值较大的液化气，这时购买者对多给的液化气负有保管和返还不当利益的义务，如果其不能退还而又拒绝补偿所有人所受损失的，构成侵占罪，液化气可作侵占之对象。

（五）知识产品可否作为侵占对象

知识产品是指经过人的思想创造的能够给创造者产生经济利益的有价值和交换价值的精神产品或智力成果，包括作品、商品、专利、发明、发现、技术秘密、技术成果、商业秘密等。关于知识产品可否作为侵占对象，学者观点也不尽一致。一种观点认为，精神财富或智力成果可以作为侵占对象。① 另一种观点认为，专利权、商标权、著作权以及商业秘密等，很难想象能成为侵占对象。② 笔者认为，知识产品可否作为侵占对象关键看它是否符合下列条件：（1）是否具有财产性，即有无经济价值；（2）有无代为保管的可能性和必要性；（3）能否反映一定所有关系；（4）能否侵犯他人所有权。如果以上条件都是肯定的，则可作为侵占之对象。在所有的知识产品中，不是每一个知识产品都符合上述条件的。就知识产品而言，从其产生目的、产生过程及其运用方面看，具有财产性，能给创造者、使用者带来经济利益因而具有价值和交换价值是每一个知识产品的共性。但每一个知识产品是否符合其他条件就应具体分析。专利权是通过专利申报向世人公开的技术。专利既已公开，就不具备代为保管的必要性和可能性。侵犯专利权只能通过擅自使用方式而不可能通过非法据为己有的方式，因为专利权的获得只能通过法律赋予的方式，而非专利人不可能获得这种法律的赋予，因而不可能侵犯他人专利所有权，故专利权不能成为侵占对象。商标也是公之于众的，虽然商标标识可以由他人代为保管，但将这些商标标识非法据为己有，拒不退还

① 参见高西江主编：《中华人民共和国刑法的修订与适用》，中国方正出版社 1997 年版 第 609 页；最高人民检察院办公厅编：《新刑法典的释义和适用》，红旗出版社 1997 年版 第 543 页。

② 王作富：《略论侵占罪的几个问题》，载于《法学》1999 年第 2 期 第 4 页；赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 318 页。

的，假如商标标识数量很大，价值较高，也只能是物质财产的侵占罪而不是精神产品的侵占，只要不擅自使用商标标识就不会侵犯他人商标权；即使擅自使用商标标识也只构成假冒商标行为而不是侵占。商标权也是通过法律赋予的，而不是靠侵占行为获得，因此，商标权也不能作为侵占之对象。但是，著作权、商业秘密、技术秘密等知识产品与商标权、专利权不同，它们的权利存在不以公开为必要，它们的载体有代为保管的可能性和必要性，委托人对之有所有权，受托人对之仅有单纯保管义务，不得擅自披露，更不得据为己有。擅自披露、使用者则构成侵犯知识产权罪但不构成侵占罪；非法据为己有，拒不退还的，则构成侵占罪。例如，著作权人将唯一的手稿交由他人保管，甲非法据为己有，拒不退还的；保管人将商业秘密或技术秘密的唯一载体非法据为己有，拒不退还的。由于商业秘密和技术秘密的特殊性，它们总要依附于一种有形的载体上，但是，行为人侵占了有形的载体却不意味着权利人失去了这些秘密的所有权，只有当有形载体的唯一一份交由他人保管，意味着思想成果、技术成果也由其保管，他人非法据为己有，拒不退还的，才能侵犯权利人上述秘密的所有权。如果权利人拷贝了多份载体，交给他人保管只是其中一份，他人非法据为己有，拒不退还的，没有使权利人丧失秘密的所有权，因为秘密仍处于他事实上的控制状态，所有权仍处于圆满状态，不会因他人侵占行为影响权利人对秘密的控制、运用，他照样占有、使用、收益和处分秘密。

值得注意的是，刑法已将商标、专利、著作、商业秘密等知识产品为犯罪对象的犯罪归入到破坏社会主义市场经济秩序罪中，专设一节侵犯知识产权罪，而不是以盗窃罪论处，因而

有学者认为，既然商业秘密、技术秘密不作为盗窃罪的对象，当然也不能成为侵占罪的对象，因为如果将知识产品视为侵占罪的对象，不利于在市场经济条件下对知识产权的全面、系统的刑法特殊保护。[①] 笔者认为，盗窃罪与侵占罪虽都属财产犯罪，但两者的行为状态是有区别的，也正是由于这种区别，才不能推导出知识产品不能作盗窃对象因而也不能作侵占对象的结论，而且这种推论也有悖于刑法的规定。刑法第 217 条、第 219 条规定的侵犯著作权罪、侵犯商业秘密罪的行为方式是明确规定的，其中，侵犯著作权的行为方式是未经许可，复制、发行，或出版他人享有专有出版权的图书的，或制作、出售假冒他人署名的美术作品；侵犯商业秘密的行为方式是以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密，或者披露、使用他人商业秘密的。由此可见，上述两罪的行为方式中没有包括知识产品已处于他人代为保管状态然后将之非法据为己有，拒不退还的行为。盗窃等其他不正当手段的行为方式侧重对商业秘密的获取上，行为人试图用非法手段将权利人事实上控制的知识产品载体转归自己事实上的控制；而侵占行为侧重对商业秘密的非法据为己有上，行为人对商业秘密之载体在非法据为己有之前已经将其处于自己的事实上的控制状态中，这种事实上的控制是基于权利人的委托或者权利人的错误（如误将商业秘密磁带当作音乐磁带借给行为人等），而不是基于行为人非法的积极作为方式获取。可见，对知识产品的侵占有其独特之处，且符合侵占罪之特征，侵犯商业秘密罪和侵犯著作权罪都没有将侵占行为纳入进来，而把盗窃行为吸收进

① 刘志伟：《侵占罪研究》，载于高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》，（第 2 卷）1999 年版 第 118－119 页。

来，但这并非意味着把所有侵犯财产罪的行为方式因知识产品也是财产而全部吸收到侵犯商业秘密罪中来。吸收哪一种行为方式只能是法定的，而不是推论。因此，不能把知识产品不作为盗窃对象推论成也不能作为侵占罪的对象，而且，把知识产品作为侵占罪的对象不但有利于对知识产品的所有权的全面保护，而且对侵犯知识产权罪有着重要的弥补作用。当然，如果考虑将知识产品作为特殊对象把所有针对知识产权的侵犯行为全部集中在刑法分则某一章某一节的话，也只能通过刑法修改方式来完成。

（六）财产上的利益可否作为侵占对象

财产上的利益是指财物以外的有财产价值的利益。有些国家如日本，在刑法中专门规定了利得罪，如利益诈欺罪、利益恐吓罪等，把财产罪明确分为财物罪与利得罪两类，作为财产罪侵害对象的财物与财产上的利益是并列的概念，两者之间不存在包容关系。我国刑法对利益罪未作明确规定，但在有些犯罪中，如诈骗罪、招摇撞骗罪、冒充军人招摇撞骗罪等，把财产性利益作为犯罪对象，如明知自己无支付能力骗乘出租车远行，到达目的地后不付租金逃跑；或明知自己无支付能力骗取他人为自己进行商业性服务，然后拒付服务费等。有学者认为，作为财产罪侵害对象的财物是从广义而言的，自然包括了财产性利益。只不过由于盗窃等财产罪的性质决定了财产性利益不可能成为其侵害对象，这就意味着对财产罪而言，作为其侵害对象的财物有的包含财产性利益，有的则不包含。① 笔者同意这个观点，那么，侵占罪的犯罪对象可否包含财产性利益

① 参见刘明祥：《论侵犯财产罪对象》，载于《法律科学》1999年第6期第110－111页。

呢？对此，学界观点也不一致。一种观点认为，财产生的利益不是侵占罪的对象，因为侵占罪是财产罪而不是得利罪。[1] 与上述观点相同的另一种表述是财产上的不法利益不是侵占罪对象。[2] 另一种观点认为作为财产性利益的有偿性服务也可以成为侵占对象。[3] 笔者认为，第一种观点是正确的。因为：第一，财产上的利益是基于债权债务关系而产生。取得财产上的利益有三种方式：一是使对方负担债务；二是使自己免除债务；三是接受别人提供的有偿性劳务。[4] 不论使对方负担债务、使自己免除债务还是提供有偿劳务，都是双方当事从各自利益出发，试图从对方处获取利益，但获得利益并非无代价，获益者本人也要付出一定的利益，以求得对等。在设定债权债务关系时，双方地位平等，基于双方自愿一致意思基础上形成的。一方的权利就是他方的义务；一方的义务就是他方的权利，一方不履行义务就是对他方债权的侵犯，但不是对所有权的侵犯。财产上的利益通过债权来体现而不是通过所有权来体现。对不履行义务的一方只能通过债权返还请求权促使对方履行义务。因此，由于不履行义务而使他人财产上的利益受损害的，属于民事侵权行为，因而财产上利益不是侵占罪之对象。第二，财产上的利益也不具有代为保管的可能。财产上的利益是一种无形的财物，通过债权体现出来，而债权始终在财产性利益获取者一方，是他方赋予对方的，对方不可能将此权利委

---

① 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》，北京大学出版社 1985 年版 第 946 页。
② ［台湾］王振兴著：《刑法分则实用》，（第三册），三民书局股份有限公司 1987 年版 第 444 页。
③ 江晓阳：《外国刑法中的侵占罪》，载于《刑事法学要论》北京大学出版社 1999 年版 第 690 页。
④ ［日］前田雅英著：《刑法各论讲义》，东京大学出版社 1995 年日文第 2 版 第 166 页。此注转引自刘明祥：《论侵犯财产罪对象》，载于《法律科学》1999 年第 6 期 第 111 页。

托给他方保管，他方也不可能将此权利据为己有，因而，财产上的利益不可能作为侵占对象。如果立法者认为拒绝履行债务给他人财产性利益造成损害是一种严重危害社会的行为的话，就应该通过刑法明文规定利益犯罪，这样也就确定了财产性利益可以成为侵占的对象，符合罪刑法定原则。

（七）遗失物、漂流物、逸走之家畜等脱离持有物可否作为侵占之对象

我国刑法第 270 条第 2 款只规定了遗忘物、埋藏物作为侵占之对象，而没有规定遗失物、漂流物、逸走之家畜等脱离持有物可作侵占之对象。从世界各国刑法规定看，绝大多数国家刑法均将遗失物、漂流物等脱离持有物作为侵占罪的对象。笔者就每一个脱离持有物进行具体的分析，以探求其可否作为侵占之对象。

1. 遗失物

遗失物是民法中的一个概念，但关于它的法律定义，各国民法（包括我国民法在内）均无明确规定，但这不影响学者在理论上加以界定。关于遗失物的概念、构成要件及其本质不是本文的研究范围，笔者只借助民法理论研究的成果为前提和基础，借以研究侵占罪犯罪对象的有无。台湾学者认为，遗失物是指非基于占有人之意思而丧失占有，现又无人占有且非为无主之动产。① 那么，非基于所有人的意思而丧失占有是否包括因他人的侵害而丢失的物呢？占有人不慎丢失的合法占有的物算不算遗失物呢？对此，我国学者作了进一步的阐明，认为遗失物是指他人丢失的动产，即遗失物并不是无主物，也不是所

① 参见［台湾］谢在全著：《民法物权论》，（上册），中国政法大学出版社 1999 年版 第 237 页。

有人抛弃的或因他人的侵害而丢失的物，而是因所有人不慎丢失的动产；除所有人以外，因占有人不慎丢失的合法占有的物，也为遗失物。① 上述两种表述的基本内容是一致的，概括起来，遗失物的本质是不属于任何人占有而未成为无主之物。② 关于遗失物能否作为侵占之对象，目前刑法学界对此争论较大。持肯定说观点认为，遗失物可作侵占罪之对象，该观点又分两种情形：①认为遗失物和遗忘物并无根本区别，因而将两者并称，侵占遗失物的可按侵占遗忘物论处；③ ②拾得遗失物属不当得利，如果从非法占有为目的，侵占遗失物，数额较大，情节严重的，以犯罪论处。④ 持否定说观点认为，侵占遗失物的行为刑法未规定犯罪，只能依照民法作不当得利处理。⑤ 笔者认为，学界之所以对遗失物可否作为侵占对象主要以刑法第 270 条第 2 款为参照的，因为该条款只规定遗忘物、埋藏物而没规定遗失物，所以否定说认为，如将遗失物作为犯罪对象则违背罪刑法定原则；肯定说则认为遗失物与遗忘物没有区别，遗失物就是遗忘物。把遗忘物和遗失物的有否区别作为遗失物可否作为侵占对象的争论焦点是不妥当的，不应把眼光牢牢地盯在遗失物和遗忘物的对比上，而应从遗失物本身来看它是否有代为保管可能，拾得遗失物后非法据为己有，拒绝交出的行为是否违反了刑事义务。鉴于上述认识，笔者认为遗

---

① 王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 312 页。

② ［台湾］史尚宽：《物权法论》，荣泰印书馆股份有限公司出版 第 116 页。

③ 参见陈兴良：《非法占有他人遗忘在特定场所之财物的定性》，载于《法学前沿》法律出版社 1997 年 9 月版 第 178 页；王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年第 4 期 第 120 页。

④ 参见佘宏荣、江志：《不当得利与犯罪界限的探讨》，载于《法学研究》1989 年第 5 期 第 65 页。

⑤ 参见丁慕英主编：《刑法实施中的重点和难点问题研究》，法律出版社 1998 年版 第 773 页；姜淑明：《拾得遗失物拒不交还不构成侵占罪》，载于《法制日报》1998 年 3 月 21 日。

失物可以作为侵占之对象。理由如下：

（1）遗忘物和遗失物的区别是相对的，形式上的，两者存在许多共性，遗忘物正是凭这些共性才可以作侵占对象，所以，同样有这些共性的遗失物也可以作为侵占对象。遗忘物与遗失物相对于侵占罪来说，区分是无意义的，但相对盗窃罪来讲，两者的区分有重要意义。遗忘物和遗失物是有区别的，表现在：①留置该物于某地点时，遗忘物的物主或持有人是自愿的；遗失物物主或持有人是不自愿的；②遗失物和遗忘物虽然都脱离了物主或持有人的实际占有，但遗失物已处于没有任何人占有的状态，而遗忘物虽然脱离了物主或持有人的实际占有，但却处于他人的实际控制中，但这两种区别是相对的，形式上的。留置该物于某处是否出于物主或持有人自愿那是针对物主或持有人的心理而言，但对拾得人而言，他无法判断物主留置该物是出于什么心态，要拾得人在拾物时判断是遗失物还是遗忘物是不公平的。重要的不是物主的心态而是拾得人拾得留置物后的法律效果。所以，相对物主的心态而言，上述区分有意义，但相对拾得人而言，无论是遗忘物还是遗失物，都处于拾得人的实际控制之下，且对该物都不能取得所有权，并且有保管和返还义务，所以，上述区分无意义。遗忘物在物主失去控制后，马上由他人进行了控制，而遗失物在物主失去控制后，间隔了一段时间后才由他人进行了控制，就拾得人最终控制了留置物而言，马上取得或是间隔一段时间取得那只是个时间问题，对拾得人拾得留置物后的法律效果没有影响。可见，遗失物和遗忘物的上述区别对认定拾得人拾得留置物以后的法律效果没有影响。

遗忘物与遗失物存在许多共性，表现在：第一，两者皆非

无主物，它们的所有权归物主所有，无论遗忘物还是遗失物，对拾得人而言，都不能取得所有权。第二，都处在拾得人的事实上的控制状态下，拾得人都具有代为保管义务和返还义务。刑法在规定遗忘物为侵占对象时，也正是因为拾得人对该物没有所有权；对该物系代为保管关系；对该物非法据为己有，拒绝归还的行为是侵犯物主所有权而不是债权，因而有必要将返还义务规定为刑事义务。那么，遗失物是否也具备上述情形呢？由于遗失物的物主并没丧失所有权，而拾得人也没有取得所有权，因而拾得人在拾得遗失物后具有代替物主妥善保管义务，并且在物主要求返还时，还具有返还义务。遗失物的拾得会产生两种情况：①拾得人拾得遗失物后构成无因管理。[①] 拾得人在拾得遗失物后，并未明显将拾得物据为己有，而是采取了一些措施，如发出招领通知以通知失主，表明主观上无据为己有之意思，那么在此期间，拾得人管理拾得物，实际上是在无约定义务情况下，为避免他人利益受损失而从事管理行为，因而构成无因管理。拾得人虽然因管理拾得物支付了一定的费用有请求所有人支付的权利，但不得因所有人不支付费用而拒绝返还拾得物。根据《民法通则》第 79 条第 2 款规定，拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物，应当归还失主，因此而支出的费用由失主偿还。从这条规定看，它有两层关系，即所有权关系和债权关系。拾得人无论何时对拾得物都不能取得所有权，所有权的绝对性和排他性要求拾得人必须返还拾得，所有人的物权返还请求权与拾得人无条件地返还拾得物的义务之间的权利义务关系不是所有人与拾得人之间符合双方合意的债

---

① 参见王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 315 页。

权债务关系。所有权的绝对性、排他性正是刑法所保护和权利；无条件地不能侵犯他人所有权的义务正与刑事义务的属性相符合；拾得人因管理拾得物支付了一定费用，双方在支付费用上所形成的权利义务关系是债权债务关系，该权利义务关系的客体是所有人支付费用的行为而不是拾得物，所以，拾得人不能以债权对抗所有人的所有权。即使所有人拒付管理费，拾得人也只能行使债权返还请求权，而不能将拾得物非法据为己有，因为拾得物涉及物权返还请求权，是所有权关系；支付费用涉及债权返还请求权，是债权关系，两者存在性质上的差异，不能混为一谈。所以，在无因管理中，拾得人因对拾得物没有所有权因而对拾得物只是代为保管，如果将其据为己有则违反民法第79条之规定，具有非法性；如果所有人索要拾得物，拾得人拒不交出的，则违反了刑事义务（必须返还拾得物的作为义务），构成了对所有人所有权的侵犯，按刑法第270条规定，其行为符合一般侵占罪之构成要件。②拾得人在拾得遗失物后，公然将拾得物据为己有，构成不当得利；拒不返还拾得物，构成侵权。[①]《民法通则》，第92条规定，没有合法依据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。拾得人拾得遗失物后通过一定的意思表示及实施一定的行为，公开宣称拾得物属于自己。拾得人取得的不当利益是他人的遗失物，并在事实控制着该遗失物。由于拾得人将拾得物据为己有没有法律依据，因而具有非法性，因此，拾得人对遗失物不享有所有权，他必须把获得的不当利益也即遗失物返还给所有人。近所有权的弹力性要求，拾得人在

① 参见王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年4月版 第316－318页

返还遗失物之前，对其事实上控制着的遗失物具有保管义务，以实现所有权的圆满状态。如果所有人索要遗失物，拾得人拒不交出的，即侵犯了所有人之所有权，由于拾得人将代为保管的他人所有的遗失物非法据为己有，拒不退还，且遗失物数额较大的行为具备了一般侵占罪的构成要件，因而构成一般侵占罪。值得提出的是，拾得遗失物无论是无因管理还是不当得利，民法都规定了返还义务，据此，否定说认为，拾得遗失物拒不退还的，只能按不当得利处理。① 笔者认为这是只看到民事义务的一面而忽视了刑事义务，在侵占罪中，凡是对他人财物具有代为保管关系的，都有返还他人财物的义务，拒绝退还的行为是一种不作为犯罪形式，而作为义务就是返还他人财物。可见，返还他人财物也是一种刑事义务。我国的民法学者也注意到了这个问题，认为拾得人不履行返还义务的，属侵权行为，情节严重的可构成侵占罪，应承担刑事责任。② 可见，拾得遗失物须返还他人财物的义务既是一种民事义务又是一种刑事义务，这种义务具有双重属性。违反民事义务的后果是强制拾得人返还拾得物于所有人；违反刑事义务的后果是追究拾得人的刑事责任。所有人可以提起刑事自诉附带民事诉讼就是上述道理的一个反映。当然，如果遗失物的价值不够数额较大，则所有人只能提起民事诉讼，因为侵占行为尚未达到刑事侵权的程度。

(2) 遗失物的侵占行为不按刑法第 270 条第 2 款论处，因为其行为特征完全符合第 1 款的构成要件。如上所述，遗失物

---

① 赵永林著：《我国刑法中盗窃罪的理论与实践》，群众出版社 1989 年版 第 18 页。

② 张炳生：《遗失物拾得研究》，载于《法律科学》1999 年第 1 期 第 66 页。

的拾得或者是无因管理、或者是不当得利，不论哪一种，拾得人对拾得物都具有代为保管义务，遗失物作为财物亦属他人之物，因此，将遗失物非法据为己有，拒不退还的行为，完全符合第 1 款一般侵占罪的构成要件，可以以第 1 款追究其刑事责任。完全没必要去和遗忘物进行比较来论证遗失物是否可作一般侵占罪的对象。因为遗失物的本质决定了它可以成为侵占之对象。为了避免解释上和实务中的误区，笔者认为，德国刑法关于侵占罪的规定值得我们借鉴。德国刑法把侵占罪分成两类，一类是侵占委托物罪，一类是侵占持有或保管的财物罪。凡是基于委托关系而持有他人之物进而进行侵占的，放到第一类侵占委托物罪中去；凡是非基于委托关系如拾得行为、发现行为、事实行为等而持有或保管他人之物进而实施侵占的，放到第二类中去,① 这样，不论遗忘物还是遗失物、沉没物等脱离持有的他人财物，均可成为侵占对象，而不必采用列举式的规定。如德国刑法第 246 条规定："意图不法侵占自己持有或保管的他人的动产，处三年以下自由刑或罚金；侵占他人委托保管的动产的，处五年以下自由刑或罚金。"这种规定具有高度抽象性而且内涵宽广，疏而不漏。我国刑法第 270 条第 2 款的设定实无必要，因为遗忘物、埋藏物均属于广义上的拾得物,② 而拾得人对拾得物都没有所有权，都是代为保管他人财物，非法据为己有，拒不交出的，都构成侵占罪，这与第 270 条第 1 款没什么实质性区别，建议刑法修改时，或者取消第 2 款，或借鉴德国刑法关于侵占罪之规定。

---

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 720 页。

② 张炳生：《遗失物拾得研究》，载于《法律科学》1999 年第 1 期 第 63 页。

综上所述，遗失物可以作为刑法第270条第1款规定的侵占罪的犯罪对象。

2. 漂流物、沉没物、逸走之动物等脱离持有物

漂流物、沉没物、逸走之动物等脱离持有物与遗失物一样，均指不基于持有人之意思脱离其持有，未属于任何人持有之物。关于上述之物能否作为侵占罪的犯罪对象也是一个有争议的问题。有观点认为，上述之物不能作为侵占罪的犯罪对象。[①] 另有观点认为，上述之物凡是脱离了物主的控制，都属遗失物，可以作为侵占罪的犯罪对象。[②] 笔者赞同此观点。如上所述，遗失物既然可作侵占之对象，漂流物、沉没物、逸走之动物等脱离持有物也可以作为侵占之对象。

关键的问题是，怎样认定上述之物是否失去控制。

就漂流物、沉没物而言，判断其是否失控要根据物之性质、状态、现状等具体情况，认定持有人管理支配之意思及可能，如果根据上述情况判断财物仍处于持有人事实上的支配，则不能认定漂流物。例如，为走私目的，将相当体积之私货丢于海中，任其漂流，对第三人指示其物的大体漂流方向，委托其捞起者，虽然第三人捞起私货后，委托人不知真情，委托人对私货仍具有事实上的支配关系，而其私货非属漂流物。反过来，如果抛入海水中的私货体积小，移动急速，不在委托人所指示的地点附近，不能认定有管理支配可能之状态时，可认为漂流物。再如，轮船发生海上碰撞事故，船上货物漂流于海水中，如果有关人员正在打捞、抢救中，应视为对漂浮水面和沉

---

① 孙向阳：《论侵占罪》，载于《河北法学》2000年第3期。

② 佘宏荣、江志：《不当得利与犯罪之界限的探讨》，载于《法学研究》1988年第5期 第64页。

没水中的财物没有失去控制，不能作为漂流物。

就逸走动物而言，判断主人是否对其失去控制应根据饲养动物的具体情况决定，如，经过训练之动物即使出游于所有人事实上支配所不及之区域，只要该动物不失其回归所有人事实上支配之一定处所之习性，就不能认定脱离所有人持有；如果动物未经训练，饲养的动物逸走后，物主不知其走向，难以追回，则成为脱离持有物。

（八）银行存单所载存款、有价证券、股票的交易卡、资金卡及密码可否作为侵占罪之对象

（1）银行存单所载存款

银行存单是记名式有价支付凭证，通常有定期、活期和定活两便等种类。银行存单所载存款可否作为侵占对象关键看存单持有人是否实际控制了存款以及存单的种类。

按照《储蓄管理条例》的规定，对于定期已到期的、活期（没设定密码）的、定活两便的存单由于在兑现时，银行不审查取款人的身份，而是在存折余额范围内按照取款人的要求付款，取款人无需用虚构事实或隐瞒真相的方法即可凭存单取款。上述存单的持有人由于能即时兑现现金，说明控制了存单实际上就控制了该存单所载存款，如果受托人受委托保管这些种存单，或者拾得人拾得上述存单后去银行取款，非法据为己有，拒不退还的，则构成侵占罪。这里需注意的是，银行存单本身由于价值甚微，不可能成为侵占之对象，因为只要没有用存单从银行取钱，那么，拒不退还存单本身不影响所有人向银行挂失，将钱取出，所以，不可能侵犯所有人之所有权。所以，只有存单所载存款并从银行取出后才能成为侵占之对象。

持定期未到期或加密的活期存单，由于持有人欲取款需由

银行审查身份，取款人需出示身份证；若取款人非存款人本人，取款人即要出示本人身份证，又要同时出示存款人身份证，以证明自己受存款人委托取款，银行查验无误后方能付款，所以，持定期未到期或加密的活期存单，如果受委托保存这些存单并且将委托人身份证一并交由受托人保管或将密码告之于受托人，那么，受托人等于事实上控制了上述存单中的存款，这种情形下的存款也可以作为侵占对象。如果委托人将上述存单交由受托人保管，便并没将身份证交由受托人或告知其密码；或者拾得人拾得上述存单（假设其未拾到存款人身份证）的，受托人或拾得人不可能事实上控制存单所载存款；如果其想控制存款必须伪造身份证件，骗过银行的查验，而一旦这样，行为人构成诈骗罪了。因此，此种情形，上述存单之存款不能作为侵占对象。

(2) 有价证券

有价证券是表示一定财物权利的书面凭证，包括股票、债券、国库券、票据、提单等。有价证券分两种：一种是未记名有价证券，一种是记名有价证券。凡票面价值已定并能随即兑现的有价证券说明持有人已事实上控制了有价证券所载金额；不需要证明手续即可提取货物的提单说明持有人已事实上控制了货物。这种有价证券一般是无记名有价证券。由于权利人行使权利必须持有证券，原则上不得离开证券行使权利，不象银行存单丢了可以挂失，不影响权利人主张权利，因此，有价证券本身也可作犯罪对象，但是只有无记名有价证券才可成为侵占之对象。记名有价证券由于确认身份后才能行使权利，所以，不能作为侵占之对象。

(3) 股票的交易卡、资金卡及密码所载股金

股票的交易卡、资金卡及密码是投资者将资金投入证券交易部门后，用来进行申购新股和炒股而支配和控制资金的权利凭证。有了这些凭证，持有人就在事实上控制了所投入资金，但这种控制只是自由地申购新股或炒股，但是，不能随意取出股金；若要取出股金，需要持上述权利凭证及投资者本人身份证，如果受委托取出股金还必须有公证委托书。所以，受委托人一旦受托保管上述权利凭证及密码，并不等于受托人可自由支取股金；在投资者与受托者之间没有公证委托的情况下，受托者欲取出股金只能通过弄虚作假手段，这样，受托者的行为是诈骗行为而不是侵占行为。因而，受托者保管的权利凭证及密码所载的股金不能作为侵占之对象。

这里值得注意的一个问题是，受托者虽然没有公证委托书不能支取股金非法归己所有，但是他可以凭借保管的权利凭证及密码进行炒股或申购新股，如果受托人故意想使投资者遭受股金损失，如高价买低价抛等，这是否属侵占呢？按日本和我国台湾刑法理论，凡擅自处分自己持有他人所有物，或变易持有之意为所有人意而迳直为所有人之行为，即为侵占，① 所谓所有之意即包括行为人本人占有之意，也包括为第三人占有之意，而且还包括损坏的意思。② 学者们之所以持这种认识，是由于日本和我国台湾刑法关于侵占罪的规定没有“非法据为己有，拒不退还”的内容，所以，凡是有破坏所有权积极权能的行为都属侵占。而我国刑法规定的侵占罪则比较谦抑，只有侵

① 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆发行1990年版 第1169页；［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局股份有限公司发行1984年版 第329页。
② 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版 第722页。

犯所有权返还请求权，也即“拒不退还”才构成侵占，所以，擅自处分他人股金的行为还不能说明其“拒不退还”。但是，故意使自己保管的他人股金受到损失，客观上造成了他人财产的减少和耗损，已经侵犯了他人财产所有权，尽管受托人本人没将股金据为己有，但其有意在损耗他人股金的同时使不特定甚至是广泛的第三人受益，也应视为据为己有。如果其拒绝赔偿所有人损失的，应视为拒不退还。只有在这种情形下，其保管的权利凭证及密码所载的股金可作侵占之对象。我国台湾刑法明确规定使第三人不法占有也属侵占；日本刑法虽无明确使第三人不法占有也属侵占的规定，但在解释上，非法占有的意思包括为第三人占有。① 笔者认为，上述规定和解释值得借鉴，我国刑法第 270 条第 1 款应将“非法占为己有”修改为“非法占为己有或非法使第三人占为己有”，从而作出确定性规定。

（九）封缄物可否作侵占之对象

委托人为让他人保管箱子，将某贵重物品置于箱内，然后锁上，将箱子连同箱内之物一并交由受托人保管，显然箱内之物未授权受托人动用。在这种情况，受托人撬开了锁头，将箱内之物非法据为己有，拒不退还。那么，箱内之物是盗窃之对象还是侵占之对象呢？对此，台湾学者大多认为，加锁的包装物品内的财物，不能作为侵占对象，而只能是盗窃之对象。因为委托人既然已加锁，说明对包装品内的财物，委托人没有抛弃支配的意思，对包装品内的财物仍处于事实上的控制状态，受托人对其不存在事实上支配关系，并认为，受托人对整个包

---

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译 上海翻译出版公司 1991 年版 第 722 页。

装品存在事实支配关系，如将整个包装品据为己有，则为侵占；如将包装品内的财物据为己有，则为盗窃。① 日本及我国台湾实务均采用此说。② 第二种观点认为，不问包装品整体物还是包装物品内的财物均属寄托人持有，受托人无论取得整体物还是抽拿内在物，均属盗窃。③ 第三种观点认为，不问包装物品整体物还是包装物品内的财物均属受托人持有，受托人无论取得整体物还是抽拿内在物，均属侵占。④ 理由是，物之持有归谁应侧重于行为人对物的地位，不应拘泥于封缄之有无等物的自身状态，应就其全体加以认定。我国学者中也有人持第三种观点。⑤ 笔者认为，第三种观点比较合理。第一种观点中，占有包装物品内的财物构成盗窃罪，而占有整个包装物品却只构成侵占罪，这是令人不可思议的逻辑，因为侵占罪的处刑比盗窃罪要轻。第二种观点连外包装的委托代管关系都予以否定，显然忽视了客观存在的真实性，因而明显不妥。笔者认为，从理论上讲，受托人对整个包装物品的代管既包括外包装，也包括包装物内的财物，委托人在将整个物品交给受托人时，让受托人保管的是物品的全部，而不是物的外壳。委托人放弃的是整个物的支配权，加锁只是保密，不等于事实上能够支配被锁的物品。尽管委托人加锁具有不想放弃支配的意思，

---

① 参见［台湾］梁恒昌主编：《刑法实例研究》，五南图书出版有限公司1982年版 第380页；［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局股份有限公司1984年版 第330页。

② 参见［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版有限公司 1984年版 第803页中的“注释”。

③ ［日］小野清一郎：《刑法各论》，第239页。

④ 参见［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版有限公司 1984年版 第797页；［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991年版 第723－724页。

⑤ 参见王作富：《论侵占罪》，载于《法学前沿》（第1辑）1997年版 第41页。

不等于在事实上没有放弃支配的现状，受托人的责任是保证全部物品的安全、完整，包括被锁的物品，如果被锁的物品丢失、毁损，不能完璧归赵，受托人要承担全部赔偿责任。委托人委托的内容绝不仅仅是物的外壳，还包括内在的财物，如果不含内在的东西，那将意味着受托人在代管过程中，内在物的丢失、毁损与他无关，显然这违背委托人的意思，而且逻辑上也说不通。事实上，委托人自将物品全部交给受托人时，他已放弃了物的支配权。如果委托人有支配权，同时又委托他人代管，从逻辑上讲是矛盾的，因为委托代管与支配是分离的，两者不能处于统一体中。因此，受托人对包装物内的财物也处于事实上的支配关系，也具有代管义务，如果将锁撬开，即出内在物非法归己所有，数额较大，拒不退还的，符合侵占罪之特征，这就决定了包装物内的财物可作侵占罪之对象。与此相类似的情况还有徒弟受主人之委看管店铺内的物品，徒弟乘主人一时离开，拿取了店内的物品；或者旅馆在客人住宿时，借给旅客的房间内物品，诸如棉袍、浴衣、浴巾、拖鞋等。上述情形的物品均处在徒弟或旅客的事实上的控制中，如果将其非法据为己有，拒不退还，可以作为侵占之对象。

（十）不动产可否作为侵占罪的犯罪对象

不动产是指在空间上具有固定位置、不能移动或者移动就会影响其经济价值的财物，如土地、房屋、草原、森林等。关于不动产可否作为侵占罪的犯罪对象的问题，国外立法上一般有两种情况：一种是将侵占罪的犯罪对象限定为动产，如德国刑法即是；另一种是将侵占罪的犯罪对象规定为财物，但没明确财物是否包含不动产，如日本刑法即是。我国刑法将侵占罪的犯罪对象规定为“他人之物”，也没明确财物是否包含不动

产。刑法学界对此有两种观点：一种观点认为，不动产可以作为侵占罪的犯罪对象。[①] 另一种观点认为，并非所有不动产都能成为侵占罪的犯罪对象，如土地就不能成为侵占罪的犯罪对象。[②] 笔者认为，不动产可否作为侵占罪的犯罪对象关键看不动产有无所有权转移的可能性。房屋能成为侵占罪的犯罪对象似乎没有大的争议，那是因为行为人在基于房屋所有权人的委托代为保管其房屋的期间，通过伪造合同或者其它文件到房地产管理部门办理户主变更手续，将代为保管的房屋置于自己的名下，非法占有了该房屋。由于房屋依法是可以买卖的商品，其所有权的转移以在房地产管理部门办理户主变更手续并备案为准，可见，房屋有所有权转移的可能性，因而可以作为侵占罪的犯罪对象。土地与房屋一样，也是可以买卖的商品。尽管土地的所有权属于国家，不允许私人所有，但是国家将土地的使用权与所有权剥离，赋予土地使用权以物权的属性，可以买卖、转让、流通。事实上，房屋所有权人对房屋也没有真正意义上的所有权，尽管房屋权属证书上写有“房屋所有权证书”，那也只是习惯上的称谓，因为房屋的基础是土地，房屋主人不可能对土地拥有永久的权属，只能在法定的期限里拥有使用权，因而土地上的房屋也是如此。所以，土地与房屋一样，其使用权虽然不是所有权，但却具有物权的属性，具有可转让的特性。对土地使用权的侵犯如同对财物的所有权侵犯一样。从这个意义上讲，土地可以作为侵占罪的犯罪对象。

---

① 参见陈兴良主编：《刑事法判解》，法律出版社 2000 年 4 月版 第 13 页。
② 参见刘明祥著：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年 4 月版第 318—319 页。

第四章 侵占罪的客观特征

侵占行为是侵占罪中心和重心。侵占罪的犯罪行为较有特色，它以代为保管、非法占为己有的非犯罪行为为必要前提，以拒不退还或拒不交出的不作为行为方式为本质，它们共同构成侵占罪的客观特征，兹分别予以探究。

第一节 代为保管的含义及持有之依据

一、代为保管含义的理论之争

代为保管行为是构成侵占罪的必要前提，也是侵占罪与其他财产犯罪区别的显著特征，对其含义的正确理解将有助于我们把握侵占罪的客观特征及其范围，对正确认定侵占罪有重要意义，学界对它的研究正广泛而深入地进行着，其中也不乏对该罪中的“代为保管”含义的研究，但所持观点不尽一致，归纳起来，有以下几种学说：（1）单纯委托保管说。该说认为，代为保管是指受他人委托暂行代其保管财物，也即委托是保管他人财物的唯一原因。[①]（2）一般保管说，该说认为，保管他人财物是基于委托或者其他原因而保管他人财物，也即不限于

① 参见梁华仁 裴广川主编：《新刑法通论》，红旗出版社 1997 年版 第 295 页；刘家琛主编：《新刑法常用罪认定与处理》，（上册）人民法院出版社 1997 年版 第 823 页；高西江主编：《中华人民共和国刑法的修订与适用》，中国方正出版社 1997 年版 第 609 页。

委托保管。[1] 这一学说又在保管是否要求合法以及保管是否仅指对物具有法律上的支配力等方面存在不同认识。在保管是否要求合法方面有肯定说与否定说之争：肯定说认为，保管他人财物必须基于合法原因，即取得他人财物于事实上进行控制须出于合法理由。[2] 否定说则认为，保管他人财物不必拘泥于合法，非法取得他人财物并进行事实上的控制也不影响取得人对他人财物的保管义务的存在。[3] 在保管是否仅指对物法律上的控制方面存在两种不同的认识：一种观点认为，代为保管是指受财物所有人或有关权利人如质押权人、留置权人等的合法委托或因合同关系而代为暂时收受管理，因而行为人合法取得该财物的暂时占有权而非所有权。[4] 这种观点把代为保管理解为民法上的占有。另一种观点认为，保管他人财物既有法律上的又有事实上的原因。[5] 也即保管他人财物既有民法上的占有，又有事实上的持有。上述观点中，单纯委托保管说只是代为保管他人财物的原因和根据之一而不是全部，因而有片面之处。一般保管说虽然没有将保管他人财物的依据限定在委托保管上，其他原因也可作为保管之依据，但是，在保管是否需要合法上以及保管是否仅限定在对保管物的法律上的支配上仍存在着争论。笔者就上述争论作以下几点研讨：

（一）代为保管的本质

---

① 参见樊凤林主编：《中国新刑法理论研究》，人民法院出版社 1997 年版 第 688 页；陈广君等主编：《新刑法释论》，中国书籍出版社 1997 年版 第 341 页。

② 参见李福成主编：《中华人民共和国刑法问答》，人民法院出版社 1997 年版 第 438 页。

③ 参见邓斌：《侵占罪几个问题的探讨》，载于《法制与社会发展》1999 年第 4 期。

④ 参见周振想：《中国新刑法释论与罪案》（下），中国方正出版社 1997 年版 第 1148 页。

⑤ 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 311－312 页。

所谓代为保管是指非财物所有人基于一定的原因而对处于自己事实上控制着的他人财物进行保管的行为。代为保管的前提首先由保管人对物处于自己现实的、实际上的控制、支配状态，离开自己对物的事实上的控制也就谈不上对物的保管问题；其次，既然是代为保管，那就意味着保管人对其保管的物不享有所有权，所有权属于保管人以外的任何他人；再次，代为保管是一项义务，是对物拥有合法权利的非所有权人对他人之物的义务，这种义务基于所有权完整性、弹力性属性而产生，所有权的这种属性决定了所有权人通过有意识地设定权利义务关系来使他人保管其所有物，也可以不经所有人有意识设定而靠所有权的这种属性自发地产生约束他人尊重所有物完整、复归性的义务。所有权的专属性决定了任何不特定的人都具有尊重他人之物完整性、复归性之义务，这种义务反映在事实上控制着该所有物的非所有人身上，就是非所有人对物的保管义务。

现实生活中，非所有人取得对他人之物的事实上的控制有以下几种根据：(1) 非所有人与所有人设定债权契约和物权契约来取得对所有物的实际控制，诸如通过寄托关系、借用关系、抵押关系、质押关系等取得对他人之物的现实支配等。在这种情况下，非所有人依契约取得了对他人之物的法律上的占有权，也即法律上的支配力，可以对他人之物进行事实上的支配，同时，由于非所有人对他人之物并没有因契约取得所有权，在契约履行完毕后还要返还他人之物于所有人，因而，在实际支配该物期间，仍负有代所有人保管所有物之义务，以使所有人的所有权复归至圆满状态。(2) 非所有人可依据契约以外的法律行为取得对他人之物的事实上的支配。所谓契约以外

的法律行为是指非基于所有人的意志而由民法规定的可由非所有人对他人之物进行事实上支配的情形，如遗失物之拾得行为，无因管理行为及不当得利行为等。在这种情况下，非所有人由于具有对物的支配的意思而取得了对物的占有，也即取得了对物的事实上的支配，同时，非所有人并没有因上述法律行为取得他人之物的所有权，按照法律规定，必须将取得之物返还给所有人，因而，在对该物占有期间，仍负有代所有人保管之义务，以恢复他人所有权至圆满状态。(3) 非所有人可以根据无占有意识的情况下取得对他人之物的单纯的事实上支配，如非所有人对占有毫无意识，没意识到客人将某物遗留在自己的房间里，房间主人对该物只是一种持有,① 也即对客人之物处于单纯的事实上的控制。在这种情况下，他人之物已经失去了所有人对其实际的控制而由非所有人进行事实上的支配，但是，非所有人并没有因他人之物遗留在自己的房间里而取得了所有权，一旦发现该物时或者客人登门索要时，仍有返还之义务，因此，非所有人自发现他人之物后到返还他人之前负有代他保管该物之义务。以上所述可见，无论非所有人根据什么原因取得对他人之物的保管，都是对他人之物的事实上的控制，因此，代为保管的本质是非所有人基于保管和返还他人之物的义务而对他人之物处于事实上的控制状态而非仅仅是法律上的支配。

那么，代为保管的本质既然是非所有人对他人之物的事实上的控制，而占有与持有都有对他人之物进行事实上控制的内容，以占有和持有中的哪一个来表述代为保管的本质更为妥当

① 参见王利明著:《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 816 页。

呢？占有是民法上的概念，持有是刑法上的概念，就对物的事实支配而言，持有比占有更为现实。[①] 我国台湾刑法第335条明确规定“持有他人之物”而没有规定“占有他人之物”，目的是为了避免与民法上占有概念的混同，并使其现实特性更加明确。[②] 在德国，对物的事实上的支配，在民法上称为Besitz，在刑法上称为Gewahrsam，以示区别。日本的民法、刑法均称为占有，但在学说和判例上称刑法上的占有为“所持”或“持有”等用语，以免混同。[③] 关于持有的含义，学说中未见一致，表现为以下五种学说：(1) 管有说。认为他人之物在自己管有中者，即属持有；(2) 事实及法律上支配说。认为自己在法律上或事实上可取得支配状态的情况，并不以在其把握中为必要；(3) 事实上支配说。认为事实上有对于物的支配力的状态；(4) 处分可能状态说。认为他人之物，得作为自己之物予以处分之状态；(5) 支配说。认为刑法上的占有，乃指自己支配之意。[④] 以上五种学说中除第3种学说外，其他四种学说均与民法上的占有有一定联系，不是刑法上的持有。持有的含义可通过与占有的对比来显示出自己的特点。

持有与占有确有区别。表现在：(1) 占有得依抽象状态而为间接占有，持有则否；(2) 占有人于占有物上行使之权利，推定其适法有此权利，并权定其为以所有之意思、善意、和平及公然占有，持有则无相类之推定；(3) 占有得为移转，且得

① 参见［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》(下)，五南图书出版公司1984年版 第788页。
② 参见［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》(下)，五南图书出版公司1984年版 第788页。
③ 参见［日］木村亀二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版 第683页。
④ 参见［台湾］陈朴生：《刑法各论》，正中书局1986年版 第330页。

以观念上之交付为之，并得为继承，持有则否；（4）因窃盗、强盗、抢夺、诈欺、恐吓而置于自己管领下之物，系属占有，但非持有；（5）绝对之违禁物，如鸦片，不得为占有之标的物，但却得为持有之标的物。[①] 可见，持有对物是单纯的事实上的支配关系，是纯粹的空间关系，不需要持有人对持有行为有任何意思附加。而占有是占有人对物基于占有的意思进行控制的事实状态。[②] 它既有对物的实际控制一面，又有占有意思的一面。所谓占有意思是指意识到自己正在实际控制着某物；如果对自己占有某物毫无意识、或者意识到或应当意识到是在为别人占有某物，则不具有占有意思。由此可见，占有不是单纯的对物事实上的控制，也不是纯粹的空间关系，但是，占有毕竟有对占有物进行事实上控制的一面，这一点与持有是共同的，因而，两者的范围有重叠之处。[③] 从逻辑上讲，持有的外延大于占有，比占有广泛，两者的共性都说明对物的事实上支配意味着代人保管财物，但是，以占有来表述代为保管有两个缺陷：（1）不能穷尽所有代为保管的情形，客观上会造成漏罪结果。因为占有是占有人有意思地对物进行事实上的支配，并不包括无意识地对物进行事实上的支配，而客观上确实存在无意识地对他人之物进行事实上的支配现象，如客人将手机遗忘在出租车里，司机并不知道此事，但却对手机处于事实上的控制状态中，一旦发现就有保管和返还义务；如果主人上门索要，司机才知道此事，回到出租车内寻找果真发现一部手机，

---

① 参见［台湾］谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社 1999 年版 第 934 页。

② 参见王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年 4 月版 第 811 页。

③ 参见［台湾］谢在全著：《民法物权论》，中国政法大学出版社 1999 年版 第 934 页。

司机马上隐匿起来，谎称没有发现手机，或者司机虽说发现了手机，但以索要酬金为交换手机条件，失主拒付酬金，司机拒绝交出的，都具备了侵占罪的构成要件。可见，占有不能穷尽所有代为保管他人财物的情形，对持有产生的代为保管却不能包容于内，因此，就疏漏了由持有他人财物而产生的侵占罪。(2) 不是所有的占有都能对他人之物进行事实上的支配，因而以占有来表述代为保管一来易引起歧义，二来易对犯罪性质产生错误认定。占有的种类很多，其中间接占有由于对物不能进行事实上的控制，也就无所谓对物存在代为保管的关系，所以，有学者认为，对物的占有取决于能对它进行控制；如果一个人控制不了一样东西，就不能说他占有该物。[1] 因而从这个意义上讲，对物的实际支配以直接占有为要件，[2] 民法上的间接占有，应不包括在内。这样，使用占有表述代为保管就存在逻辑上的错误，容易引起歧义。占有中还有一种占有即占有辅助，是指基于特定从属关系，受占有人的指示而事实上控制某物，如受雇人、徒弟受主人或师傅的指示而实际控制某物即是。那么，占有辅助人将实际控制着的某物非法据为己有拒不退还的行为构成侵占罪还是盗窃罪呢？日本学者小野清一郎、福田平、木村龟二认为，占有辅助人对物的占有不过是为其主人之持有机关，不具独立持有，其本身并非刑法上的持有人，因此，占有辅助人非法侵吞其辅助占有物的行为不是侵占而是

---

① ［英］C·D詹姆斯著：《法律原理》，关宝森等译，中国金融出版社 1990 年版 第 156 页。
② 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆 1990 年版 第 1172 页。

盗窃,[1] 此说为日本多数判例所采纳。[2] 台湾学者曾荣振等人也持上述观点。[3] 笔者认为，占有辅助人虽受命实际控制某物，但他毕竟是人而不是保管物的机械者，所以，占有辅助人自接过保管物之时起，对物就有保管义务。很明显一个道理，占有辅助人受指示实际控制该物时，他因过失将物毁损或故意毁损控制物，要不要赔偿？答案是肯定的，那就意味着占有辅助人对控制物负有保管义务。占有辅助人对他人之物的事实上的控制是客观存在的，对他人之物负有保管责任也是由受指示控制该物的目的决定的，因而，占有辅助人将实际控制物非法据为己有，拒不退还的行为符合侵占行为之特征。由于在使用秘密手段将他人财物转归自己实际控制之前，占有辅助人已受指示实际控制了该物，他想将其据为己有只要有一个意念就行了，而用不着采用秘密手段，可见，占有辅助人将自己实际控制物非法据为己有，拒不归还的行为是侵占行为而不是盗窃。占有辅助与自主占有是相对的，自主占有是占有人自己对物进行事实上的管领和控制。区分自主占有与辅助占有的意义在于确定谁是真正的占有人,[4] 而不是谁是持有人。占有辅助人虽不是真正的占有人，但却是该物的实际控制人即持有人，即对物的控制只是一种持有而非占有,[5]占有人通过占有辅助人来控制该物，虽然占有人主观上没放弃对物的控制，但客观上已

---

① 转引自［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》，五南图书出版公司 1984 年版 第 803 页，祥见注释。

② 参见［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》，五南图书出版公司 1984 年版 第 794 页。

③ 参见［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局 1993 年版 第 341 页；［台湾］吕有文著：《刑法各论》，三民书局 1983 年版 第 371－372 页；陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》，五南图书出版公司 1984 年版 第 737 页。

④ 参见王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年版 第 823 页。

⑤ 参见王利明著：《物权法论》，中国政法大学出版社 1998 年版 第 816 页

丧失了对该物的实际上的控制，从而只有在法律上对物具有支配力。所以，以占有来表述代为保管会造成犯罪性质的错误认定。

综上所述，持有外延大于占有，占有的含义限制了代为保管的范围，不符合立法本旨，而持有包罗了所有代为保管的情形，符合立法宗旨，因此，以持有来表达代为保管的含义是妥当的。从这个意义上讲，代为保管的本质是非所有人基于一定原因对他人之物的持有。

（二）持有他人之物是否必须基于合法原因

关于持有是否基于合法为必要的问题，学界对此有三种不同见解：第一种观点认为，合法持有他人财物是侵占行为发生的基础；[①] 第二种观点认为，持有他人之物原因，只须非为自己因犯罪行为而取得持有，皆可为侵占罪之构成要件；[②] 第三种观点认为，刑法上的代为保管不应局限于合法持有。[③] 第一种观点中，持有只能基于合法原因，非法原因而取得持有不是侵占行为中的持有，这种观点忽视了非法原因而取得的他人财物，取得者同样没有对物的所有权；相对于财物的真正所有者而言，取得者对取得物仍负有保管和返还义务。如不当得利取得者，其取得财产利益无法律依据，因而他对他人之物的直接占有是不合法的，尽管如此，他对他人之物仍负有保管和返还义务，如果他将取得的不当利益非法据为己有，数额较大，拒不交出的，是否构成侵占罪呢？按第一种观点，该种情形不构

① 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 311 页。
② 参见王作富：《论侵占罪》，载于《法学前沿》法律出版社 1997 年版 第 39 页。
③ 参见邓斌：《侵占罪几个问题的探讨》，载于《法制与社会发展》1999 年第 4 期。

成侵占罪。显然，对这种具有严重社会危害性并反映其较深的主观恶性的行为不予治罪则违背了刑法的本旨，而且还有有罪不治之嫌，因为上述行为完全符合侵占罪之构成要件。所以，第一种观点疏漏了非法原因而实际控制他人之物也可构成侵占罪的情形。因而不妥当。第二种观点比第一种观点在扩大持有范围方面有所放宽，将持有作了排除性的限制，即只要不是以犯罪行为获取持有的，其他方法甚至一般违法方法获取的持有都是侵占中的持有，这一观点比第一种观点更趋于合理。但是，是不是所有犯罪行为取得他人之物都不是持有呢？这个问题就值得深入探讨。第三种观点虽然主张持有不应拘泥于合法持有，但非法到什么程度才不是持有在此观点里也没显示出来，实质上与第二种观点要解决的问题是一致的。笔者认为，持有是对物的单纯的事实上的控制，对物的这种控制是一种纯粹的空间关系，没有任何意思附加，只要持有人对物处于实际上的控制就足够了，而无论是单纯的持有还是占有中的持有。单纯的持有由于是一种纯粹空间关系，是一种事实评价而没有社会规范诸如道德、法律规范的评价，因而无好坏、合法与非法之分（当然除违禁物持有以外)。正如英国著名学者 C·D 詹姆斯所说："讨论占有这个问题可以不涉及任何法律，事实上占有独立于法律之外。"[①] 这里的占有是指对物的实际控制，也即持有。可见，持有只是一种事实评价。在直接占有中，由于占有人对物的实际支配有了支配的意思，这种占有意思的内容如何往往决定占有人的善恶以及对他人所有权的影响，所以，对占有就不单是事实评价，还包括规范评价的内容。占有

① ［英］C·D詹姆斯著：《法律原理》，关宝森等译，中国金融出版社 1990 年版 第 154 页。

和占有权是两个不同的概念，占有是享有占有权的前提，但有了占有不一定就有占有权。占有权的取得必须基于法律的设定或当事人双方订立的契约，所以占有权的取得必须合法。而占有仅是事实上的支配，还没上升至权利，所以，取得占有不一定都具有合法原因。正如有学者指出："占有如果是事实，则其成立不必一定是合法的原因；而占有如果是权利，则其成立必须有合法的原因。"① 可见，占有的成立可以基于非法原因。因为在现实生活中，每一个人都能按法律理性去从事民事活动是不可能的；即使是人们抱着良好动机，也并不意味着他们的民事行为都合法，一方从他方取得财物都合法，诸如签订了无效或可撤销合同，一方从另一方取得了对物的事实上的控制，占有一方取得占有就不合法；受委托保管他人财物的人又将保管物擅自委托给第三人保管，第三人取得物的实际支配也不合法；他人付货时由于付货人自己的错误多付给了收货人几包货，收货人取得多付之货的占有就没有法律依据，因而也不合法，凡此等等，不胜枚举，道理只有一个，占有是个事实，并不因为取得占有是非法的而否定占有这个事实，刑法侧重的就是这个事实，至于这个事实的前提是否合法在所不问。台湾学者也认为，持有之原因，且基于契约者，不问契约合法与否，对持有的成立均无影响。② 关键的问题是，合法占有也好，非法占有也罢，占有人对自己实际控制之物都不享有所有权，并且基于契约或者所有权的要求，合法与非法占有人对占有物都有保管和返还义务。非法占有是指对他人之物意图非法据为己

① 孙宪忠著：《德国当代物权法》，法律出版社 1997 年版 第 106 页。
② 参见［台湾］孙德耕著：《刑法分则实用》，各大书局 1971 年版 第 419 页。

有；合法占有也可以转变为非法占有，只要行为人对控制物具有不法据为己有的意图就成立了非法占有，例如占有人依契约取得了物之占有，在契约履行完毕后或签订了无效或可撤销的合同后负有返还原物之义务，但其没有返还，意图据为己有；再如，占有人因拾得他人遗失物而取得了合法占有，在占有期间，他不履行公示和通知义务，意图想将遗失物非法据为己有，这样，就由合法占有转变成了非法占有。但非法占有并不意味着占有人一定会剥夺他人的财产返还请求权，当物主索要占有物时，占有人予以返还的，则没有侵犯他人所有权。可见，合法占有和非法占有若要达到侵犯他人所有权之程度，都必须经历非法将他人之物据为己有之意图和行为的过程，在这个过程中，合法占有与非法占有殊途同归，也就是说，合法占有若要达到侵犯他人所有权，拒不退还他人财物，必须经过非法占有的心理和行为过程，而非法占有又是侵犯他人财物返还请求权的必要前提，合法占有不可能绕过非法占有直接侵犯他人财物返还请求权，必须经过合法占有转变为非法占有，这是合法占有构成侵占罪的必经过程。因此，就非法据为己有，拒不退还他人财物而言，合法占有与非法占有都可能向侵犯他人所有权方向发展，只不过非法占有构成侵占罪比合法占有构成侵占罪少了一个合法转非法的环节。就构成侵占罪而言，对两者的区分无实质意义。

综上所述，持有是一种单纯的事实评断，没有任何规范评价，因而也无合法与非法之分。占有是事实评断与规范评价的统一，有合法占有与非法占有之分，两者共同点是，都对占有物处于实际控制状态；对占有物都有保管和返还义务即代他人保管财物之义务。非法占有是拒不退还他人财物的必要前提；

合法占有若要拒不退还他人财物必须由合法占有发展为非法占有，此乃必经过程，不可逾越。合法占有与非法占有的区分对构成侵占罪无影响。所以，持有或直接占有他人之物不必基于合法原因也同样构成侵占罪。

以上论及的是一般违法取得的他人之物的占有可以作为构成侵占罪的行为要件。因犯罪行为取得他人财物的占有能否作为侵占罪的行为要件呢？台湾学者认为，“凡于不害他人所有之范围内而持有之者，皆属之，[①] 意思是凡是不用侵害他人所有权之方法而获得对他人之物实际控制的，皆属刑法上的持有。另有学者更明确地指出，持有他人之物之原因，只须非因犯罪而取得持有；如因犯罪而取得持有，诸如盗窃，则不是侵占罪中的持有。[②] 如前所述，我国国内也有学者持后一观点。笔者认为，上述观点就持有原因与最终能否认定侵占罪的结果而言，有其合理成份，但尚缺乏全面性。从理论上讲，不论用犯罪方法、一般违法方法还是合法方法取得他人财物的事实上的控制，其共同点都是占有人对物没有所有权，而且对他人之物都有保管和返还义务，所以，将用各种方法取得占有的财物，若经财物合法权利人索要，代为保管人非法据为已有，拒不退还的，同样符合侵占罪的构成要件。但是，由于盗窃、诈骗、抢夺、抢劫、敲诈勒索等财产犯罪属于状态犯，通过上述犯罪方法取得他人财物的实际控制也属于代为保管，非法据为己有，拒不退还的，也符合侵占罪之特征，但由于非法据为己

---

① 参见［台湾］孙德耕著：《刑法分则实用》，各大书局 1971 年版 第 419 页。

② 参见［台湾］吕有文著：《刑法各论》，三民书局 1983 年版 第 372 页；［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 736 页。

有，拒不退还也是盗窃等犯罪的不法状态的延续，不具有可罚性，因而不另定罪，只定用特定方法非法占有他人财物的行为所符合和对应的财产犯罪。可见，用犯罪方法取得他人财物的占有也存在侵占罪的全部构成要件，只是不另定罪而已。除了侵占行为属于上述财产犯罪的延续状态而不另定罪名外，笔者认为，用上述犯罪方法取得他人财物的非法占有，经被害人索要时，犯罪嫌疑人拒不交出的，属于行为人对盗窃结果进行处理时触犯了侵占罪，因而盗窃与侵占属结果牵连关系。现实生活中，这样的案例也不少，例如，盗窃犯甲偷得乙摩托车一台，丙知道此事后告诉了乙，乙得知后没报官，而直接去甲家索要并发现了停在甲家庭院的自己的摩托车，甲矢口否认是偷来的，说是别人偷的扔在田里后拾得而来，并要乙付报酬后才还给乙摩托车，否则就别想把摩托车拿走。这个案件中，甲还不还车不影响其盗窃罪的成立，但却对侵占罪的成立有影响。甲某拒绝交出摩托车行为的本身已构成侵占罪，但由于侵占行为是甲在处理盗窃犯罪的结果时独犯的，因而两者系牵连关系，应按盗窃罪论处。总之，从理论上讲，以财产犯罪方法取得他人财物的占有客观上有存在侵占罪的可能性，只是其无独立存在的法律意义，因而不另定罪而已。

与财产犯罪方法占有他人财物不同的是，非财产犯罪方法获得他人财物的占有，却独立存在侵占罪问题。以行贿和销赃为例，委托人甲委托乙向丙行贿，乙受命拿着甲的巨额钞票准备去行贿，后因家里急需钱用，乙便将甲的贿赂款挪用，再后来也不想去行贿了，对甲谎称钱已送给丙。由于丙没给甲办事，甲怀疑乙将钱私吞，经索要，乙一口咬定钱已给丙，后案发，经检察机关侦查，丙没有收受贿赂，便向乙追赃，乙拒绝

退赃。对这种情形，台湾学者多主张贿赂款之所有权在给付该款项时转移给了受托者，受托者予以处分，亦不特别成立侵占罪；但实务上采纳应定侵占罪的观点。[①] 国内有学者认为，行为人参与贿赂罪并管理用于贿赂的款项，乘机将他人的财物非法据为已有的，应定参与的行贿罪，一般不定侵占罪。[②] 笔者认为，委托者因行贿已丧失了贿赂款的返还请求权，但是受托者也并没因此取得所有权，而对贿赂款有保管和返还真正所有人之义务，由于贿赂款是赃款，由国家没收，所有权归国家，所以，当检察机关代表国家追索赃款时，受托人拒绝交出的，则应构成侵占罪。同时，受托人又是行贿的帮助者和实行犯，但却自动中止了行贿，又构成了行贿罪（中止）。可见，受托行贿过程中将贿赂款非法据为已有，数额较大，拒不交出的行为是可能的、现实的。也有学者从委托人在法律上对受托人有无委托其目的物的权限或受托人在法律上有无受托的权限之角度出发，认为法律上有无上述权限在所不同，也可认定为委托关系上的持有，[③] 进而说明侵占罪的存在。同样的道理，财物犯罪的犯罪分子委托他人代为销赃，受托人在不知赃物情况下将赃物或销赃后赃款据为已有，拒不交出的，构成侵占行为已无疑意；如果明知犯罪所得而受托帮助窝藏或销赃的，受托人非法将赃物或销赃所得赃款据为已有，拒不交出的，构成窝赃罪、销赃罪和侵占罪，但是由于侵占行为是由行为人（受托人）在处理窝赃罪、销赃罪的犯罪结果时触犯的，因此，前后

---

① 参见［台湾］陈和慧《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 739 页。

② 参见丁慕英主编：《刑法实施中的重点难点问题研究》，法律出版社 1998 年版 第 778 页。

③ 参见［台湾］吴正顺《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》，五南图书出版公司 1984 年版 第 790 页。

两者属牵连关系，应择一重罪论处，赃物价值或赃款数额较大的，窝赃、销赃罪较重；数额巨大的，侵占罪较重。当然，这里存在公诉与自诉协调问题，本文将在侵占罪的立法完善中详述，此不赘述。综上所述，因用犯罪方法而取得他人财物的，仍属于代为保管他人之物也即持有，非法将犯罪所得非法据为己有，数额较大，拒不交出的，同样构成侵占罪，只是在财产犯罪中，侵占行为作为财产犯罪的不法状态的延续，不另定罪名而把侵占罪吸收而已，但在其他一些犯罪方法取得他人财物的占有中，侵占罪是可以独立存在的。关于违禁物的持有问题，本文已在犯罪对象一节里有了阐述，此不赘述。

二、持有的判断及种类

刑法上的持有以对物有实际支配的事实为必要，而不以对物把持、不脱离视野地监视为必要。那么，除了对物进行身体式的把持或监视作为典型性的实际支配外，对其他实际支配的情状怎样把握呢？总的客观标准就是看行为人能否自由地、不受空间限制地支配某物；将这个标准具体化就是依日常生活中人们通常的观念来判断，诸如场所、时间、法律等关系以及支配意思之存在等作为判断有无事实支配关系的客观因素。由于现实生活中，持有较为广泛而复杂，往往因物的自然性质不同、持有人数不同、持有人不同等，持有的具体标准也不同，因此，有必要对持有的种类作一翻了解，以探求持有的具体标准。持有的种类因标准不同而呈现不同的种类：

（一）因物的自然性质不同，持有可分为动产持有与非动产持有。动产持有是指对可动物的实际支配，但不以把持为必要，动产持有可依据寄托、借用、服务、雇佣等关系而获得。

这里需注意一个问题是，物主有无放弃持有之意思与其事实上是否真实地放弃了持有是两回事，判断他人是否持有不能根据物主的主观意思为标准，而应根据事实上物主是否放弃了持有。台湾有学者认为，受主人之命代看门户、在饭店客人饮食而使用店家餐具、旅客住宿而使用宾馆浴衣等情形，受雇人或使用人擅自取走室内之物或餐具、浴衣的行为属盗窃，而不是侵占，因为受雇人或使用人不具独立持有。[①] 笔者认为，上述情形中，受雇人或使用人皆因与主人、店主存在雇佣关系、服务关系而取得了对物的持有。受命看护房屋，与房主存在民事权利义务关系，雇工对整个房屋及屋内物品负有安全保管义务，万一丢失或由其毁坏，要承担赔偿责任，在主人离家出走时，雇工已完全取得了房内物品的实际控制，这是房主通过雇佣关系明确授权于雇工的，雇工实际控制房内物品也是基于房主的命令行为而获得，至于房主有无放弃实际支配之意思，就存在与其命令内容的协调问题，在此，雇工持有行为依据的是雇主的命令行为也即法律行为，而不是依据雇主内心怎么想。在雇主不在现场督视情况下，雇工已取得了房内物品的独立持有。这种情况与家里雇佣保姆从事一般劳务不同，保姆在从事日杂服务中有接触房内物品的机会，但没得到主人具体授意能自由支配某物，且与主人一同居住在同一具体环境下，其物品没有离开主人的督视范围，所以，保姆按雇佣合同仅仅是从事劳务，没有对任何物有持有、保管之义务，这种情况下，擅自拿取主人房内物品的，属盗窃。但是，如果主人因事外出，指示保姆看护家门或命其将一物送至某处时，这种指示和命令已

---

① 参见［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 791 页。

超出原来雇佣合同的服务范围，是一种新的代管契约，因此，保姆依指示或命令取得了对房内物品或所送物品的事实上的支配，保姆擅自拿取或隐匿所送之物，数额较大，拒不退还的，应属侵占。食客或宿客与店主之间存在服务与被服务关系，客人依合同取得了对房间及其内用品的实际控制或餐具的实际控制，让客人使用、控制上述物品是店主之义务，否则客人住宿、用餐已无意义。因此，客人对上述用品取得了独立持有。擅自拿取，拒不交出的，也属侵占。

关于委托保管金钱，受托人将钱存入银行，受托人对存入之钱是否还是持有？这个问题在日本和台湾刑法界是有争论的，有肯定说与否定说两种观点。②笔者认为，受托人只要在随时可以提取存款的情形，即可认定其有法律上的支配，对存入银行之钱，仍不失其为持有。

不动产的持有分为登记不动产持有和未登记不动产持有。登记不动产持有分二种情况:① 登记记录上登记为所有权者，所有人为持有人;② 以虚假买卖合同，登记为所有权者，对第三从也居于有效处分其不动产之地位，故可认为其为持有人，如未成年人之法定代理人、监护人等占有未成年人之不动产等。如果行为人非基于法律上信任关系。仅在事实上管理不动产者，因法律上不具处分之权限，由于产权登记的制约，不可能侵犯房主的房产所有权，因而不能认为是房产的持有人，如果事实上的管理人对第三人假冒处分权限或其他事项，擅自处

① 参见［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》(下)，五南图书出版公司 1984 年版 第 791 页。
② 参见［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》(下)，五南图书出版公司 1984 年版 第 792 页。

分[1] 管理之不动产的，属诈骗行为非属侵占行为。未经登记之不动产，由于未在产权部门登记谁是所有权人，所以，对其事实上管理、支配其不动产的人可认定为持有人。值得注意的一个问题是，不动产所有人将房产卖给他人后，在没有办理产权转让手续之前，又将房产卖给了另外他人，在这种情况下，所有人将房产卖给他人以后是否由所有人持有变成非所有人持有呢？日本多数判例认为，这种情况下所有人将房产又卖给另外他人的行为属于侵占。台湾有学者认为，这种情况属于民事纠纷。[2] 我国房产地产产权及其转让实行登记制度，在买卖合同签订以后，即使买方已付款，只要没办理产权过户手续，登记部门没备案，房屋产权不可能发生转移，所以，所有人将房产又卖给另外他方，对第一位买主而言，所有人属于违约，承担民事责任，这是指所有人与第二位买主有买卖诚意而言，如果缺乏此诚意，所有人与第二位买者的交易属于欺诈交易，应视其具体心理内容来判断其是否构成诈骗罪，如，所有人误认为房子已与第一位买者交易致使所有权转移，仍以此房产再次交易，意图诈取他人钱财，此种情形应构成诈骗罪。如果所有人对房产现状不存在任何错误认识，则按无效合同处理，由所有人将钱款返还给第二位买主并承担由此产生的损失的赔偿责任。

（二）根据对物的持有人的数量，可分为单独持有和共同持有。单独持有是指一个人对物独立地持有，与共同持有相对。单独持有一般情况下不难判断，但是，当物处于多数人经

① 转引自［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 793 页。

② 参见［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 793 页。

手时，多数人之间存在主从关系，如商店营业员与店主、承运货物的司机与雇主、掌管仓库钥匙的门卫与私营业主等，物归谁持有倒是个复杂而有争议的问题。日本有学者认为，此等情形，营业员、司机、门卫虽在事实上支配财物，但属于主人的持有辅助人，非独立持有，若他们排除主持有人对物之支配而据为己有，构成盗窃而非侵占，日本多数判例也采纳此观点。笔者认为，持有是一种单纯的事实上的支配，是单纯的空间关系，营业员、司机、门卫对物的事实支配关系是客观存在的，不论其是否有占有意识，均不影响其对物的实际支配，这种实际支配是通过他们的劳务地位和活动而获得，并且符合主人的意志。只要主人放弃了实际支配，如不能控制上述人员自由支配财物，没有对上述人员支配财物进行监督（人员或监视器进行监督等），上述人员对财物的实际支配就是独立持有。如果司机在承运货物时，有雇主或雇主委托的他人押车监督时，则司机对承运的货物不是持有，因为主人没放弃控制货物。如果仓库大门有两把锁头，门卫只有一把锁头的钥匙，则门卫对仓库里的物品不能自由支配，因而也不是持有。

共同持有是指两个人以上对物对等地持有，数人之间没有上下主从关系。对等持有是指财物不在某一个人支配之下，而由数人共同支配，且持有人间相互对等持有。我国民法规定了按份共有和共同共有。共同共有是指各共有人对共有财物享有权利、承担义务。对共有之物，共有人对其并无应有部分，各共有人的权利及于共有物的全部，共有物的转让等处分行为应得到共有人全体的同意，因此，所有共有人者是持有人，共有人这一人持有共有物也就是持有他人之物，如果没得到共同共有人全体同意，擅自处分，例如，共有房产，持有人诈称是自

己一个人的财物，通过不正常渠道办理了产权登记，然后出售给他人，其他共有人发现后向其索要卖得金，持有人拒绝给付，该持有人则构成侵占罪。

按份共有是指各共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利、分担义务。与共同共有不同的是，各共有人对共有物均有自己的份额，而且每个共有人都有权要求将自己的份额分出或转让。由于各共有人的份额混在一起，形成统一的共有物，很难说清哪一物属于哪一个共有人。所以，按份共有中，不是每一个共有人都是共有财产的持有人，持有人按共有人分工确定，经确定的持有人持有的共有物中有自己的份额，也可能有其他共有人的份额，但不论谁的份额只有经过清算后才能确定份额的多少。如果持有人不经其他共有人同意擅自将自己估算后认为是自己的份额分出或出让，但实际上他多拿了属于其他共有人的财产，拒不退还的，属于违反民法和契约义务的行为；如果持有人明显多拿了其他共有人的财产，说明其有将他人财产非法据为己有的故意，若经索要拒不退还的，构成侵占行为。

实务中还有这样的情形，某仓库之门只有用两把不同的钥匙才能打开，两把钥匙归甲、乙两人各一把，两人对库内物品共同持有，不归甲、乙任何一人专属持有。在此情况下，任何一持有人相对于另一持有人都不能称为自己持有，因此，共同持有人中一个人未得其他共同持有人同意，将库内财物擅移入自己单独持有的行为非属侵占而属盗窃。

三、持有的依据

非所有人实际控制他人之物的依据一般是根据委托信任关

系，但也不以此为限。概括起来，大致有以下几方面的依据。

（一）以合同关系为依据

以合同关系为依据又包括以物权合同为依据和以债权合同为依据两种。

（1）物权合同。物权合同主要指租赁、抵押、质押、留置、典当等用益物权和担保物权合同。①在租赁合同中，出租人将财产交付承租人使用、收益，承租人取得使用权、收益权也即合法占有权，对财产有法律上和事实上的支配权，同时对财产有保管和返还义务。如果合同到期，承租人不履行返还义务，非法将承租的财产据为己有，拒不退还的，则构成侵占。有观点认为，凡此情形均属侵占，不是民事违约行为，[1] 笔者认为，此种情况仅对动产和未登记的房产作为租赁物时适用，对已在房地产管理部门进行产权登记的房产不适用，因为未经产权人同意并办理转让登记手续，无论承租人使用何手段，房屋产权不会发生真正转移，出租人的房产所有权也不会受到侵犯，所以，对出租人的所有权而言，不存在物权返还请求权问题，也不存在承租人拒不退还侵犯出租人的返还请求权问题。如果承租人采取伪造产权证明出售房屋的，只能构成诈骗罪。② 担保合同。担保合同是指依照法律规定或按照当事人的约定，为使债务人履行债务，保证债权人债权的实现而设定的保证措施，包括抵押、质押、留置合同。抵押是债务人或第三人不转移抵押物的占有，将抵押物作为债权的担保。由于抵押合同中，抵押权人依法不占有抵押物，而且按照担保法的规

---

① 参见王作富：《论侵占罪》，载于《法学前沿》法律出版社 1997 年版式第 39 页。

② 参见［台湾］陈朴生：《论侵占罪之持有关系》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版第 760 页。

定，有些财产的抵押，如固定资产和运输工具等，需要办理登记手续，权属证书置放于登记机关，因此，当事人双方按照法律的规定办理抵押的，抵押权人是绝对不持有抵押物的，此种情形不发生侵占问题。但是，在日常生活中，有些当事人办理抵押时，不按法律规定办理，有的债务人或第三人将抵押物的权属证书直接交给抵押权人，以示履行主合同的诚意。这种情况下，虽然当事人之间的抵押担保因违法而无效，但这不影响抵押权人事实上控制着权属证书，而且他完全可以采取非正常手段，将权属证书变更产权人姓名，然后出售抵押物，并拒绝退还钱款，此种情形，对权属证书的持有就是对抵押物的持有，因而也可发生侵占行为。不过，台湾学者认为，由于不动产担保物没转移给抵押权人占有，因而对抵押权人而言，对该担保物不生持有关系。②笔者认为，如果抵押行为合法，上述观点是正确的；如果抵押不合法，不排除抵押权人事实上控制某物的可能，正因为抵押人将权属证书交由抵押权人才使得其不能自由支配抵押物，说明其对抵押物只是间接占有而不是直接占有，他只享有法律上的支配权而丧失了事实上的支配，如不能转让抵押物给第三人等。与抵押不同的是，质押和留置都是向债权人转移一定的动产作为担保。根据担保法第 63 条规定，质押是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。第 82 条、第 84 条规定，留置是指在保管合同、运输合同、加工承揽合同中，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。又根据担保法第 69 条、第 86 条的规定，质权人、留置权人负有妥善保管质物、留置

物之义务。根据上述规定，质权人、留置权人取得了质物、留置物的直接占有权，但没取得所有权，对上述财物仍负有妥善代为保管之义务，债务人对上述财物只有间接占有权。如果债务人按照合同履行了义务，则债权人也即非所有人将持有的属于债务人的财物退还给债务人，如果经债务人索要，债权人拒绝退还的，则符合侵占罪的全部构成要件。如果债务人没有按照合同履行义务，债权人也不能将质物、留置物归自己所有，而只能折价或变卖、拍卖上述财物的所得价款来补偿自己债权的数额，但是价款超过部分仍归债务人所有，经债务人索要，债权人拒不退还的，且数额较大的，构成一般侵占罪。但需注意一个问题，如果债权人单位，实施上述拒不退还行为的，虽然侵犯了债务人之所有权，由于刑法没有规定单位可以作为侵占罪的主体，根据刑法第3条罪刑法定原则之要求，也不能构成侵占罪。在商品经济较为发达的社会，上述担保法律关系多发生于单位之间，不将单位作为本罪之主体，就会使他人的所有权得不到强有力的保障，不利于社会经济畅通发展，因而不能不说是个缺憾。建议修改刑法时，这个问题给予充分考虑。③典当合同。出典人将典物转移给承典人占有，但承典人对典物不享有所有权，并对物负有保管和返还义务，当出典人履行义务完毕后，承典人对数额较大的典物拒不退还给出典人的，符合侵占罪的特征。当然，过了一定时间，出典人不赎回典物的话，就出现了“死当”，承典人据此取得了典物所有权，自然不生侵占问题。

（2）债权合同。因债权合同而持有他人之物的情形有以下几种：①使用借贷。使用借贷是指基于当事人约定，一方以物无偿贷给他方使用，他方于使用后返还其物之合同。借用人基

于借贷合同，取得了对他人之物的持有，在使用期届满时应返还借用物，因而使用人在使用借用物期间负有保管义务，如果到期拒不退还给出借人，则属侵占。使用他人之物造成物的价值自然损耗这在当事人之间应当预见到的事情，不生侵占问题；如果使用借用物时不慎造成了借用物的部分毁损，尚未完全丢失使用价值，属于借用人没有履行好保管义务，应负赔偿责任，若拒绝履行赔偿责任，仍属民事范畴。如果使借用物全部毁损，而拒绝赔偿的，若双方当事人未就此作出救济的约定的，则属侵犯出借人的财产所有权，构成侵占，若有救济约定的，仍属民事纠纷。如果借用人故意毁坏借用物目的是不想归还出借人的，则属故意毁坏公私财物罪与侵占罪的想象竞合，择一重罪处断。此外，借用物之天然孳息仍归出借人所有，如果借用人只归还了借用物面拒绝退还孳息物，如牛生的牛犊等，仍属侵占。值得注意的是，如果借用人一开始就不想还借用物而向他人借用的，拒不退还的，属于诈骗与侵占的想象竞合犯，应择一重罪处断。②消费借贷合同。消费借贷合同是指当事人双约定，一方转移金钱或其他代替物之所有权于对方，而对方以种类、品质、数量相同之物返还的合同。依合同的内容，合同标的物之所有权已转移给借用人，借用人对借用之物行使所有权之内容，属于持有自己之物，并非他人之物，因而不存在代为保管的问题。借用人负有用相同品质、数量之物返还之义务，拒不退还的，侵犯了出租人之债权，因为出借人已将所有权设定了债权，因而不生侵占问题。此问题在本文犯罪对象一节中有详述，此不赘述。③雇佣合同。雇佣合同是指当事人约定，一方在一定期限内为他方服务，他方给付报酬之契约。如受雇佣从事搬运货物、送货、经手物品等。受雇人只要

受雇主指示从事上述占有财物之工作的，即视为持有。关于受雇人持有问题已在本文持有的种类中已有详述，此不赘述。④委托合同。委托合同是指当事人约定，一方委托他方处理事务，他方允诺为其办理之合同。受他方委托，办理受托事务所持有之物，因不属于自己之物，所以在交办事务完成前，受托人实际控制该物，并负保管之义务，因而属于持有他人之物，如代办储蓄，持有他人欲存款项；代买物品，持有他人购物款；代为转交某物，持有他人代交物；代收债款，取得债款而持有等等，受托人将持有之物非法据为己有，拒不退还的，属侵占行为。⑤寄托合同。寄托合同是指当事人约定，一方以物交付他方，他方允诺为其保管之合同。寄托之物不以动产为限，也包括不动产；也不以特定物为限，包括代替物。由于寄托物转移给受托人实际支配，但所有权没有转移，所以，受托人对持有之物有保管和返还义务，受托物的孳息物属于寄托人，所以，在返还受托物时一并返还；对于种类物，如果约定寄托物所有权转移给受托人，并以相同品质、数量之物返还的，受寄托人持有的不是他人之物而是自己之物；如果没有上述约定，受寄托人持有的是他人之物，非法据为己有，数额较大，拒不退还原物或相同品质、数量之物，或者拒绝以其他方式赔偿的，构成侵占罪。⑥行纪合同。行纪合同是指行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。在行纪法律关系中，行纪人对为处理委托事务而从委托人处收取的物或为委托人的利益从第三人处收取应转交给委托人的物也即委托有保管义务，在委托物未被行纪人以自己的名义进行处分的情况下，该委托物在委托人与行纪人之间不发生所有权的转移。委托物不能出卖或者委托人撤回出卖时以及出卖委托

物所得的收益，行纪人负有返还的义务。如果委托人索要时，行纪人拒不退还的，可以构成侵占罪。但是，当委托人逾期不支付给行纪人报酬的，行纪人对委托物享有留置权的情形除外。⑦承揽合同。承揽合同是指接受定做任务完成工作成果并收取酬金的一方当事人即承揽人按照提出工作要求并给付报酬的一方当事人即定做人的要求完成工作，交付工作成果，定做人给付报酬的合同。在定作人提供原材料的加工定做合同中，原材料交付给承揽人在加工定做之前所有权不发生转移，如果解除合同，定做人负有返还原材料的义务，原材料在这一阶段处于代为保管状态。对于检测、检验、印刷、复制的承揽合同中，定做人向承揽人交付的物品也不发生所有权转移问题，因而也处于承揽人的代为保管状态。承揽人在完成上述工作任务后，应当将定做人交付的上述物品返还给定做人。如果承揽人将代为保管的上述物品非法占为己有，经定做人索要而拒不退还的，可以构成侵占罪。但是，作为用原材料加工而成的物品是一种新的物品，它凝结了承揽人的物化劳动，与原材料的性质是不同的：对原材料，承揽人负有返还义务；对加工而成的成品，承揽人负有交付义务，拒不交付的，属于民事违约行为，不定侵占罪。⑧货物运输合同。货物运输合同是指将货物运送到约定地点的人即承运人将货物从起运地点运输到约定地点，将自己或他人的物品交付于承运人并支付运费的人即托运人或收货人支付票款或运输费用的合同。在货物运输过程中，货物的所有权没有转移给承运人，承运人在将货物交给收货人之前，对货物处于控制和代为保管状态，如果经权利人（一般是托运人）索要，承运人拒不退还的，可以定侵占罪。如果在货物运输过程中有托运人押运，则货物处于承运人和托运人的

双重控制状态中，在这种情况下，承运人借运输货物之便，非法占有运输货物的，不构成侵占罪，而可能构成其它财产犯罪；但当托运人对货物失去监控的场合，如离开运输工具去买东西失去了对押运货物的监控等，承运人乘机侵吞运输的货物如拿取一些货物或为甩掉押运人直接驾驶运输工具跑掉，经索要而拒不退还的，可以定侵占罪。

（二）既非依合同也非物主的意志的合法行为

行为人对他人之物的持有虽然一般来讲依据的是合同，但有时既非依据合同也非依据物主的意志也会发生行为人持有他人之物的合法行为。有以下几种情况：

(1) 无因管理。

无因管理是指未受委托，又无法律上的义务，为避免他人的利益受损失而为他人进行管理的行为。如拾得遗失物、漂流物、逸走之家畜后，保管或喂养起来，以便日后归还失主等。无因管理是出于善意，因而一般是公开的，并无非法据为己有之目的。但是，因无因管理而持有的他人之物的所有权并没转移给管理人，因而其只有保管和返还义务而无处分权，所以，如果行为人产生了非法据为己有之意图，拒不归还物主的，属于侵占行为。因为财物已处于非所有人的实际控制中，并有代为保管之义务，非法据为己有，数额较大，拒不退还的，完全符合一般侵占罪之特征。值得注意的是，如果行为人出于恶意，假借无因管理而实为非法占有为目的，将他人之物非法据为己有的，属于盗窃而非侵占。例如，甲得知乙因病住院，乘乙家无人之机，以非法占有为目的，将乙家的牛偷偷牵出，到

市场上卖掉，所得据为己有，对甲应按盗窃罪论处。[①]

（2）遗忘物、埋藏物之拾得行为。

遗忘物是指由于物主或直接占有人的疏忽而失去对物的实际控制转而由他人实际控制但并非无主之物。如前所述，就构成侵占罪并非无主之物。如前所述，就构成侵占罪而言，区分遗失物和遗忘物是无意义的，但对确定物之持有人却有一定的意义。关于两者间的差异，学界已有许多论述，有学者从失主将物遗落于某处是否基于自愿作为两者的区别，认为留置某物时，遗忘物之失主是自愿的，遗失物之失主是不自愿的。[②] 还有学者从时间长短上，失主能否想起物遗落于何处作为两者之区别，认为，遗忘物离开失主时间较短，失主一般会记起该物被遗忘在何处；遗失物离开失主时间较长，一般不知失落于何处，也不易找回。[③] 笔者认为，上述区别从形式上讲均有一定的道理，但都没有触及到两者的实质区别，即两者脱离失主持有后，遗忘物处于他人实际控制中，遗失物则没有任何人直接占有，在脱离失主持有后至被人拾到之前，有一段时间上的“空白期”，而遗忘物脱离失主持有时即为他人持有，不存在上述“空白期”，这是两者的实质区别。关键的问题是如何判断失主对物失控以后是否即时被他人控制，这种标准不能以失主的心理态度作为衡量尺度，而应当以遗落物遗置的环境、场所作为判断标准，对遗落物遗置于他人有权并足以控制的场所的，应认定为遗忘物；对遗落物遗置于他人虽有权管理但尚不

① 案例转引自丁慕英主编：《刑法实施中的重点和难点问题研究》，法律出版社 1998 年版 第 772 页。

② 姜淑明：《拾得遗失物拒不交还不构成侵占罪》，载于《法制日报》1998 年 3 月 21 日。

③ 赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 323－324 页。

足以控制的场所的，应认定为遗失物，如某些特定的场所，诸如旅馆大厅、娱乐场所、候机候车大厅等，如果遗落物遗置于上述场所的，虽然场所主人及其管理人员有权控制、管理上述场所，但由于“众人出入事实上管领力殆不存在，应为遗失物”;[①] 对遗落物遗置于无具体管理者的公共场所的，如遗落于广场、大街、小巷等，应认定为遗失物。凡遗失物，任何拾得人都是其持有人；遗忘物的持有人属于有权并足以控制的遗落物遗置的场所的主人或管理人，如顾客遗忘在柜台上的物品，商店该柜台的营业员就是该遗忘物之持有人。这里有个问题需要澄清，即特定的服务场所如果被客人包租，该场所里的遗忘物归谁持有？如出租车里有前位客人遗忘手机，宾馆某客房里有前位客人遗忘钱包，饭店某包厢里有前位客人遗忘地上之钻戒等，在后位客人租用前，遗忘物归特定场所管理员持有没有疑意，后位客人租用或就餐时发现并拾得遗忘物，后位客人算不算对遗忘物之持有？笔者认为，既然特定场所已对遗忘物处于实际控制状态，就不可能发生后位客人持有问题，因为持有具有排斥他人支配的状态，自侵略方面排除他人的支配，而且，持有以有继续性为必要，不得转移。[②] 所以，场所管理人作为持有人不可能将持有转移给后位客人，上述后位客人对遗忘物不属持有，如果将遗忘物非法据为已有的，属于盗窃而不是侵占。但是，如果遗忘物虽然遗落在他人有权控制的场所，却不足以控制该遗忘物，例如对该场所不具有绝对排他性又没有首先发现该遗忘物，后位客人有权进入该场所并首先发

---

① 参见［台湾］王泽鉴：《民法物权》，（第一册），三民书局 1992 年版 第 224 页。

② 参见［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局股份有限公司 1984 年版 第 331—332 页。

现该遗忘物，那么，后位客人持有该遗忘物。对有权控制和有权进入特定场所的人来说，谁先发现遗忘物，谁就持有该遗忘物。

埋藏物是指埋藏于地下或他物中的物。关于埋藏物的认识学界是存在不同见解的，争执的焦点在于埋藏物的范围上存在一定差异性。埋藏物范围的确定对拾得人也即持有人的认定有决定的意义，因此有必要弄清埋藏物的属性及其范围。民法学者认为，埋藏物是指埋藏于地下或他物之中，不知其所有人且难于发现的物。① 刑法学者有观点认为，埋藏物是埋藏于地下或私人地方的财物，这种财物的所有人不明时，财物归国家所有。② 另有观点认为，埋藏物是埋藏于地下或他物之中的物，既包括有主物又包括应归国家所有的无主物；既包括私人所有之物又包括国家、集体所有之物。③ 上述第一、第二种观点将埋藏物仅限定在所有人不明之物显然有三点缺陷：第一，将所有人有意埋藏在荒山野地之有价值之物排除于埋藏物之外，一旦被他人发现而所有人不知情况下易被认定无主物而归国家所有，使所有人之所有权得不到保护；第二，导致缩小埋藏物的范围，不利于对埋藏物的保护；第三，所有人有意埋藏于无人控制的区域而被他人挖掘山药时无意挖掘出来，此种情形因为埋藏物有特定所有人，并且从所有人主观上看并没有抛弃对物之支配的意思，这样，按照上述第一、二种观点，挖掘人的偶然发现并拾得埋藏物的行为本身就是侵犯他人所有权的行为，

---

① 参见江平、巫昌祯主编：《现代实用民法词典》，北京出版社 1988 年版 第 221 页。

② 参见党燕：《侵占遗忘物、埋藏物罪初探》，载于《法制日报》1997 年 3 月 22 日。

③ 参见赵秉志主编：《侵占财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 325 页。

这对挖掘者来说是不公平的。第三种观点对埋藏物范围的界定是较为合理的，符合实际情况。如前所述，遗忘物、遗失物从本质上讲均属于脱离物主持有的但并非无主物。那么，埋藏物的属性是否属脱离持有物呢？脱离持有是指基于一定原因财物脱离了物主的持有，这种脱离持有是由物主无意识地造成的。物主将物放在何处也许是有意识的，没有放弃支配的意图，但事实上他已经失去了对物的实际控制，对此可能由于错误的认识而没意识到。所以，有学者认为凡是不基于本人之意思或偶然脱离其持有的物为脱离持有物，[①] 是有一定道理的。台湾有学者认为，埋藏物属于脱离持有物，[②] 笔者赞同此观点。由于埋藏物的情况比较复杂，对权属不明的埋藏物认定为脱离持有物应该是无疑义的，发现并拾得者为持有人。但是对所有人有意埋藏的财物是否为脱离持有物则是个值得研究的问题。从埋藏人主观上看，无论其将财物埋藏在什么地方，都无意抛弃对埋藏物的控制，但是，有意控制埋藏物和事实上能否实际控制埋藏物完全是两回事。如果埋藏人将财物埋藏物自己无权也无办法控制的区域，如荒山野岭等，其对该埋藏物的控制就很成问题，因为他不能排除他人进入那块区域进行各种活动的可能性，法律也没赋予其这个权利，他人在从事挖掘事务而偶然发现其埋藏物并拾得起来的行为也是在其埋藏行为的风险之中的。这种情况下，不能以所有人有无放弃支配的意图去否定他人对埋藏物的偶然发现与拾得行为，也不能说埋藏人对埋藏物仍处于实际的控制状态，所以，偶然发现并拾得埋藏物的人为

① 参见［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 799 页。
② 参见［台湾］林山田著：《刑法特论》，三民书局 1978 年版 第 317 页。

持有人。当然，如果挖掘人发现埋藏人正在埋藏财物，待埋藏人走远后将财物挖出据为己有，这不属于拾得行为而是盗窃。如果埋藏人将财物埋藏于自己有权并足以能控制的区域，如自家庭院、自留地等，说明埋藏物仍处于其实际控制中，埋藏人为持有人。任何他人到埋藏人有权控制的区域进行挖掘，都不具有“偶然发现并拾得”他人财物的情形，因而属于盗窃行为。与埋藏物相关的一个概念是隐藏物，它是指隐藏人用其他物品加以遮掩，不显露于外的财物。学界有观点认为，隐藏物不能作为一般侵占罪中的持有物。[①] 笔者认为，此观点有欠妥当。隐藏物的隐藏地点也存在隐藏人有无权利和能否足以控制的问题。如果隐藏人将财物隐藏于自己无法控制的区域，如山上某一棵树上以茂密的树叶遮掩，很难说不被山猫、大鸟碰掉于地上被人偶然发现而拾得，这个道理与埋藏物的拾得相同，因而，偶然发现并拾得隐藏物的人为持有人，如果持有人将拾得物非法据为己有，数额较大，拒不交出的，符合侵占罪的构成要件。

（三）违法行为

因某些犯罪行为以及一般违法行为而获得的对他人之物的持有也属刑法中的持有。除财产犯罪而获得他人财物的持有不另定一般侵占罪以外，有些犯罪如代为行贿、明知赃物予以窝藏、销售等而获得的赃物之持有就存在侵占罪发生的问题。一般违法行为获得他人财物的持有，如因违法而无效的合同关系中取得他人财物的持有、因违法委托而获得对他人财物的持有（未经委托人同意，受托人又将委托物转为第三人保管，第三

① 参见党燕：《侵占遗忘物、埋藏物罪初探》，载于《法制日报》1998年3月22日。

人属于基于不法原因而持有他人之物）等。这里着重论述行为人致他人死亡后对死亡人生前所持财物的持有问题。人死亡后其财产属谁持有在理论上颇有争论，这里，我们排除为抢劫财物以暴力手段杀死被害人的情形，只涉及杀人后临时起意拿取被害人财物的情形。有观点认为，死人在法律或事实上均已丧失支配能力，故死人生前持有之物，对有人取得事实上的新支配以前，原则上应视为脱离持有物。① 也有观点认为，被害人生前持有之财物，被杀之后即时转移于继承人之持有，故非脱离持有物。② 还有观点认为，死后死者持有继续存在。③ 另有观点认为，在杀人之瞬间，持有转移给行为人。④ 死后继承说不可取之处在于，虽然人死后其遗产可由继承人继承，但在继承人未实际支配遗产之前，很难说已取得持有。死后持有说的缺陷在于，持有是一种现实之支配行为，人死后无论在法律上还是在事实上均丧失了支配物之能力，因而不可能存在死后持有问题，把死人当作活人看待不可取。瞬间转移说也有强加于人之嫌，因为杀人后即时逃走不可能实际支配死者之物。笔者认为，脱离持有物说较有道理，因为这种情况下，死后之物符合脱离持有物的属性，如果杀人者杀人后临时起意取财的，即为该财物之持有人；不取财的，则该物不属于任何人持有。上述情形对取财的杀人者若经继承人索要死者之物，且该财物数额较大，拒不交出的，按杀人罪和侵占罪两罪并罚论处。

（四）事实依据

---

① 参见［台湾］吴正顺：《论刑法上物之持有》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司1984年版第801页。

② 转引自蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司1984年版第804页中的“注释”。

③ 参见［日］小野清一郎：《刑法各论》，第245页。

④ 参见［日］木村龟二：《刑法各论》，第123页。

事实依据是指人的行为以外的事实而受到利益，主要指不当得利。不当得利是指没有合法依据而取得不当的利益，应将取得的不当利益返还给受损失的人。如经济交往中，由于对方或自己的错误多取得了他人财物，就属不当利益。对取得的财物由于取得人没有所有权，因而有保管的返还义务，在返还前由不当得利人持有。值得注意的是，既然是返还利益，自然不以返还其原物为必要。除返还获得的利益外，还应返还基于获得物而产生的利益。如果依据利益的性质或其他情形不能返还时，应返还其价额。如果不当获利者拒绝上述返还的，则属侵占。

第二节 侵占行为的概念及本质

一、关于侵占行为的理论之争

侵占行为是侵占犯罪的核心。但对侵占行为的认识，各国刑法学者以及我国大陆和台湾学者的观点却不见一致。英国学者鲁珀特·克罗斯认为：“一个人如僭越了他人的所有权，那就等于是把他人的财产据为己有。这包括，一个人不是用盗窃而得到了（清白地或不清白地）某些财产，但后来通过留置或挪用而僭越该财产所有主的权利的情况。”① 意思是，一个人对持有的他人财产擅自留置或挪用的行为即属侵占行为。在日本和我国台湾刑法学界，对侵占行为存在占有（取得）行为说和

① ［英］鲁珀特·克罗斯等著：《英国刑法导论》，（中文版），中国人民大学出版社 1991 年版 第 200－201 页。

越权行为说两种对立的学说。[1] 日本学者认为，占有行为之侵占是反映以非法占有的意思，违反他人的委托宗旨而使用和处分他人之物。[2]台湾学者认为，取得行为之侵占是指行为人就持有他人之物，表示其不法取得所有意思的行为，即为侵占，至于表示取得意思之行为方法，则又有多种见解，有观点认为以所有人之身份而支配其物的；有观点认为否定所有人对其物行使所有权的；有观点认为将其物纳入自己之财产的；有观点认为排除他人对物的权利，自行以所有人之身份处分或利用其物的；有观点认为以持有他人之所有物，变易持有为所有之意思的。上述各种行为，为取得行为说中的不同主张。[3] 关于越权行为说，日本学者认为，不需要非法占有的意思，只要对占有物实施了超越权限的行为就构成了侵占（牧野、木村、植松）。[4]台湾学者认为，行为人对于持有他人之物，超越其委托权限之范围，有所行为的即属侵占，依此说侵占不以为自己或第三人不法所有为要件，即以临时使用之目的而使用该物，或将该物毁损其效用，亦可成立侵占。[5] 两个学说相比，占有（取得）行为说比越权行为说谦抑，更符合日本及我国台湾刑法规定的本旨，所以，在日本及我国台湾刑法学界及审判实务

---

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 722 页；［台湾］陈朴生著：《刑法各论》，正中书局 1986 年版 第 332 页。

② 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 722 页

③ 转引自［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆 1990 年版 第 1168－1169 页。

④ 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 722 页

⑤ 转引自［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆 1990 年版 第 1169 页。

中成为通说。[①] 台湾多数学者认为，占有行为说中的侵占行为的状态有两个，即实施处分行为和易持有为所有的行为。[②] 实施处分是指将持有的他人之物视为自己之物加以处分，分为法律上的处分和事实上的处分，例如他人借得自行车直接出卖、典当、赠与等即属法律上处分；将他人委托保管的砂糖擅自消费食用即属事实上之处分。易持有为所有之行为是指使物之所有人丧失所有权而变持有之意思为所有，然后行使所有人之行为，此种易持有为所有之行为一经表示侵占意思，罪即成立。[③] 笔者认为，根据英国《1968年盗窃罪法》第3条、日本刑法第252条及台湾刑法第335条关于侵占罪罪状的规定，英国的越权行为理论及日本和我国台湾的占有（取得）行为说均符合上述国家和我国台湾刑法关于侵占罪规定的本旨，从而上述理论和学说揭示了侵占行为的本质，即英国刑法中侵占行为的本质是越权，日本及我国台湾刑法中侵占行为的本质是取得所有。但是，上述刑法中关于侵占罪的客观方面均无“拒不退还”或“拒不交出”的规定，因而与我国刑法关于侵占罪的规定不尽相同，决定了侵占行为的概念和本质也不一样。上述侵占行为之本质只是我国刑法侵占罪中侵占行为的一个组成部分，只是行为人将自己持有的他人财物非法转变为自己所有的主观意图在客观上的表现，尚不能说明我国刑法侵占罪的侵占

---

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版 第722页；［台湾］陈朴生著：《刑法各论》，正中书局1986年版 第332页；［台湾］陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司1984年版 第733页。

② 参见［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局1993年版 第340页；［台湾］赵琛著：《刑法分则实用》（下册），梅川印刷有限公司1979年版 第867-868页；［台湾］孙德耕著：《刑法分则实用》，各大书局1971年版 第418页；［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆1990年版 第1169页。

③ ［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局1993年版 第340页。

行为的成立，因而上述理论和学说不能完全援用于我国刑法侵占罪的侵占行为理论中去，但是对上述侵占行为的本质的研究对全面、正确理解我国刑法侵占罪中的“非法据为己有”有积极的意义。

我国刑法学者对侵占行为的理解也存在着差异。有观点认为，侵占行为是指将自己暂时占有他人财物不法转变为自己所有的财物，不按协议与要求退还给他人；或者以财物所有人自居，享受财物所有权的内容，实现其不法所有的意图。[①] 也有观点认为，侵占行为是以对持有的他人财物实施所有权内容的行为作为构成要件，其形态有两种：①易持有为所有的行为；②对持有他人财物实施所有权内容的处分行为。[②] 另有观点认为，侵占行为是指未经财物所有人同意，擅自将自己代为保管的他人财物非法侵吞，或者将他人遗忘在某地的财物、埋藏在某地的财物转为己有的行为。[③] 不过也有观点认为，侵占行为除具备非法占为己有的要件外，还必须具备对代为保管的他人财物拒不退还，对他人的遗忘物、埋藏物拒不交出的行为。[④] 第一种观点中，虽然提出不退还问题，但没体现出经他人索要拒不退还的程度，仍停留在非法占为己有的限度内，因为非法占为己有本身就包含不想退还的意思，但不体现拒不退还，因而不符合刑法关于侵占罪规定的本旨。第二、第三种观点将侵占行为仅理解为非法占为己有，而没有拒不退还的内容，则离刑法规定的本旨更加遥远，也有失妥当。第四种观点符合刑法

① 张明楷著：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版 第 783 页。
② 党燕：《论我国刑法中的侵占罪》，载于《刑事法学要论》北京大学出版社 1999 年版 第 666 页。
③ 马长生主编：《新编刑法学》，湖南人民出版社 1997 年版 第 395 页。
④ 刘辉：《侵占罪若干问题的研究》，载于《法律科学》1999 年版 第 1 期。

规定的本旨，因而较为妥当。

二、侵占行为的概念和本质

根据刑法第270条的规定，侵占行为是由持有行为、非法占为己有的目的为必要前提，以拒不退还或拒不交出行为为本质。前文对持有行为已作了论述，这里只就非法占为己有的属性、拒不退还或拒不交出的含义以及两者之间的关系作一些阐述，为较准确地揭示侵占行为的概念作必要的铺垫。

（一）非法占为己有的属性和地位

非所有人基于一定原因而持有他人之物，并对持有物擅自行使所有权内容的行为，如出卖、交换、赠与、出借、设定质权或抵押权、充抵债务、寄存银行、谎称被盗、被抢、消费、穿着使用、抑留不发、克扣、毁弃、隐匿等，以表明对物的所有关系。但是，仅有上述行为尚不能说明持有人一定不会退还持有物或赔偿相应损失，还存在着持有人退还持有物或赔偿的可能性，例如，甲从乙处借摄像机一台，想占为己有，便向乙谎称摄像机被盗，乙要求甲赔偿，甲表示愿意赔偿。尽管甲有非法所有之意图，但最终还是作出了作价退还。既然持有人公然以所有人自居但仍有退还持有物的可能性，说明非法占为己有不是侵占行为的实质和必要行为要件，因为持有人不需要实施上述任何一种行为，只要拒不退还就可以构成侵占行为。如甲拾得遗忘物后将其放在家中保管，等待失主上门索要，失主索要时语言失礼，惹怒了甲，甲于是拒绝交出。可见，甲在拒绝交出前，无任何以所有人自居的公然处分或易持有为所有的举动。那么，刑法在侵占罪的罪状中规定“非法占为己有”这个表述的意义是什么呢？对此，刑法理论界有三种观点：一种

观点认为，“非法占为己有”是指行为人意图使自己具有类似于所有人的地位，或者说有“归己所有”的意图。① 第二种观点认为，“非法占为己有”已包容了事先合法占有他人财物，非法占为己有的目的，具有拒不退还的表现，因而是侵占行为的本质，② 也就是说，“非法占为己有”是行为而不是主观意图。第三种观点认为，“非法占为己有”作为一种行为，是指行为人将其持有的代管之物非法转变为自己所有的主观意图在客观上的表现，理由是，我国刑法对犯罪主观要件的规定，一般都含有“故意”、“明知”、“目的”、“意图”等词语，而刑法第270条中的“非法占为己有”之前并没有冠之以“意图”一词，之后也没有加上“目的”二字，因而，不能说是关于侵占罪主观要件的规定，事实上，是对侵占行为的描述。也就是说，“非法占为己有”既是犯罪意图，同时又是侵占行为。第一种观点认为“非法占为己有”是纯粹的非法意图，但是它没有解释如何看待非法占为己有有时还表现为行为人以所有权人自居非法处置他人之物的行为，如隐匿、出售、还债等。第二种观点将事先合法占有他人之物的行为包容于非法占为己有之中是一种矛盾的表述，因为“合法占有”与“非法占为己有”不可能相互包容。第三种观点似乎反映了犯罪的主客观相统一原则，但是事实上，它恰恰忽略了侵占行为的存在，因为假如非法占为己有是行为的话，它有其自己特定的内涵，但是绝不包含“拒不退还”的内容。“拒不退还”可以充分体现“非法占为己有”；但“非法占为己有”不能体现“拒不退还”；“拒

① 王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999年第4期。

② 孙向阳：《论侵占罪》，载于《河北法学》2000年 第3期。

不退还”是不作为，“非法占为己有”通常以作为的方式实施，刑法不可能将两种相对应的行为规定于同一犯罪中，否则，立法上就不能体现罪刑法定原则。笔者认为，“非法占为己有”的意义就表现在，非法占为己有具有双重属性，它既具有非法所有的目的属性同时又具有民事违法行为之属性，但绝不是侵占行为。所谓非法所有的目的属性是指持有人有将持有物非法据为己有之意图，对拒不退还而言，非法占为己有仅仅是一种主观故意，因为物已经处于持有人的实际支配状态中，只要持有人对物加个意图就由持有变为占有了，如前所述，持有是单纯的事实，不需意思附加，而占有是附加意思的持有，两者的共性都存在对物的实际控制，所不同的是，占有需要有占有的意思，如果这个占有的意思是想将物据为己有或以所有人自居擅自处分，就是非法占有。把持有和非法占有的共性排除掉，剩下的就是非法占有的故意，而上述所有表明对物具有所有关系的行为都是非法占有故意的外化和公然，这种外化和公然不能构成现实的真正的对他人所有权中的返还请求权的剥夺也即实现侵占行为，正如有学者所言，仅在主观上将持有改为所有之意思，尚不能足资认定是侵占，所以，非法占为己有无论以什么行为来表现，就构成侵占行为而言，其实质就是不法所有之意图。非法占为己有的另一个属性是民事侵权行为，但这是相对持有人退还了持有物而言。不过有观点认为，实施非法占有意图表现的行为如将代为保管之物出售、赠与、挪用、典当、担保、偿还债务等是拒不退还的行为表现。持有人将持有物由持有转为非法占有毕竟实施了一系列表现非法占有意图的行为，如消费，擅自设置质押造成质押物部分损坏等，但这并不能说明持有人必然拒不退还（包括拒不赔偿），刑法没有对

上述民事侵权行为与拒不退还行为作出有内在必然联系的规范评价。如果持有人愿意退还的，说明其无意剥夺他人之返还请求权，因而尚达不到刑事侵权之程度，但非法占为己有行为已给他人财产造成损害，应包括在返还的内容中去，所以，非法占为己有行为在不能实现侵占行为的时候，其属性就是民事侵权行为。[①] 综上所述，"非法占为己有"在侵占罪的罪状中其属性是非法占有为目的的主观要件，而不是侵占行为的客观要件。

（二）持有行为与侵占行为之间的关系

如前所述，持有他人之物是指行为人对他人之物的一种事实上的控制，包括合法控制和非法控制。在非法控制的场合下，由于刑法对非法控制他人之物的行为本身没有规定为犯罪，因而，非法控制行为不够成犯罪。而拒不退还或拒不交出的行为实施必须以持有他人之物为前提，没有控制他人之物就不可能对他人之物的返还请求权构成侵犯。因为拒不退还或拒不交出的不作为侵占行为必须以持有人负有特定义务为前提，而持有他人之物的代为保管人对持有的他人之物没有所有权，因而代管人按物之所有权要求负有对物的保管义务和返还义务，这种义务既是民事义务又具有刑事义务的属性，因此，持有行为而产生的特定义务是侵占行为成立的前提基础。无特定义务即无不作为犯罪。可见，持有行为本身不是犯罪，但是可以产生不作为侵占行为存在的特定义务，与侵占行为既有密切联系但又有性质上的区别，不能将持有作为侵占行为的一个组

① 参见周少华：《侵占埋藏物犯罪的若干问题探析》，载于《法律科学》1998年第3期 第78页；夏朝晖：《论侵占罪的司法适用问题》，载于《中国刑事法杂志》1999年第6期 第37页。

成部分，否则就会混淆刑事法律关系与民事法律关系的界限。

（三）拒不退还或拒不交出的含义和构成条件

1. 关于拒不退还或拒不交出的含义

拒不退还或拒不交出的含义问题，学界争议很大，有以下几种观点：（1）拒不退还或拒不交出是指行为人非法侵占他人财物，被人发现，经所有人要求其退还或交出时，仍不予以退还或交出。[①]（2）拒不退还或拒不交出是指既包括将原物藏匿，谎称被盗或遗失而拒不补偿，也包括将他人财物非法处分而拒不退回或另行退赔的，也包括在受人委托代为收管财物期间逃匿，使财物的所有人难以找到其下落的，也包括经财物所有人多次讨要甚至提起民事诉讼经处理后，仍拒不退还的，等等。[②]（3）拒不退还或拒不交出是指经权利人根据约定，要求代为保管人退还所代管的财物时，代为保管人无法律根据地拒绝退还代管的财物或者对他人的遗忘物、埋藏物的情况下，是经有关国家机关要求交出而拒绝交出的。上述三种观点在一定程度上有其合理的成份，但尚缺乏完备性。第一种观点没有把不退还或不交出的坚决性、抵抗性反映出来，与“拒不”的要求不协调。拒不退还或拒不交出体现了行为人的坚定意志性，而“仍不予以退还或交出”则没有表达出主体的顽固态度，而其中也可能包括拖拉战术、软磨硬泡而不退还或不交出以试探索要者的下一步举动和态度，而索要者态度强硬，准备采取必要措施时，持有人可能会退还或交出的。此外，索要者仅限于所有人的观点不利于保护他人财产所有权，因为有些时候，索

① 张凤阁主编：《最新刑法释义与适用指南》，中国检察出版社 1997 年版 第450页；王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年第4期。

② 赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版 第915页。

要者也可能是享有他人财物占有权的人，如转委托关系就存在这种情形。第二种观点虽列举了许多拒不退还或拒不交出的情形，但缺乏必要的概括性，而且未能穷尽拒不退还的情形。第三种观点将拒不退还仅限定基于契约代为保管后拒不退还的情形，没有涉及到基于无因管理、脱离持有物的拾得等契约之外的合法行为而产生的代为保管所拒不退还或拒不交出的情形。此外，对他人的遗忘物、埋藏物索要，将索要主体仅限定于国家机关也不符合客观实际情况，个人作为索要主体的情况也不在少数。

拒不退还或拒不交出的内涵确实是个内容丰富而且十分复杂的问题，在理论上欲得出一个共同接受的标准并非易事。但它的含义还是可以通过以下几个内容体现出来：

（1）拒不退还或拒不交出的意志因素及其外在表现。不退还或不交出与拒不退还或拒不交出是有区别的，主要体现在“拒”字上。从字义上讲，“拒”是指抵挡、抵抗的意思。[①] 因而，拒不退还或拒不交出的意志因素是持有人将代为保管的他人财物永久归己所有的坚决、断然、顽固和彻底的态度和希望。这种意志不含有拖泥带水的成份。所谓坚决是指持有人不予退还或不予交出的决心是坚定的，不可动摇的；所谓断然是指持有人明确表示不予以退还或交出的绝对性和不含糊性；所谓顽固是指不予退还或交出的不可协商和不可调解性；所谓彻底是指客观上及主观上不能也不想退还或交出。这种意志的外在表现通常以语言和行为方式来表达，如经权利人索要时，断然否定持有他人之物或直截了当断然地拒绝权利人的返还请

① 参见：《新华字典》，商务印书馆 1971 年版 第 221 页。

求。有观点认为，如果持有人指使他人将保管物予以“盗窃”，在权利人索要持有物时，持有人谎称被盗，虽未有公然拒绝权利人请求的情节，也应认定为拒不退还或拒不交出。[①] 笔者认为，持有人仅仅诈称他人之物被盗（被抢、丢失等），还不能说明其彻底不想归还，若权利人要求赔偿相应损失时，持有人诈称没有钱、赔不起或直言不愿意赔偿，顽抗到底，应视为拒不退还或拒不交出；如果持有人表示愿意赔偿，但诈称手头拮据，等有钱后再赔，意图拖延，试探权利人态度，这说明不退还或交出具有不彻底性，尚有协商和调解的回旋余地，因而不能视为拒不退还或拒不交出。除语言外，持有人的其他行为也能表明其意志，如本无赔偿能力又把保管物消费，尽管采取拖延战术，但权利人下最后通牒后仍不退还或交出，且将也不可能有偿还能力的等行为。有观点认为，持有人虽承认或未公然拒绝权利的请求，但对持有物予以变卖、擅自处理，致使无法实际交还的，应认定拒不退还或拒不交出。[②] 笔者认为，将持有物变卖、擅自处理并不能说明持有人拒不退还或拒不交出。退还或交出不应以原物为必要，按原物相应价额赔偿也是满足权利人返还请求权的方式之一，如果原物灭失，又不愿照价赔偿的，才应视为拒不退还或拒不交出；如果原物灭失，未表示不以其他方式补偿的，则不应视为拒不退还或拒不交出。

（2）权利人提出退还或交出的请求要有法律依据，也即持有人拒不退还或拒不交出没有法律依据。“拒不退还”或“拒不交出”两者就对权利人返还请求权的剥夺而言在本质上是相

① 王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999年第4期。

② 刘辉：《侵占罪若干问题的研究》，载于《法律科学》1999年第1期。

同的，但两者适用的持有依据是不同的。“拒不退还”适用于合同关系而持有他人之物不予以归还；“拒不交出”适用于除合同关系以外的合法行为、非法行为、事实等因素而持有他人之物不予以归还。在非合同关系而持有他人之物的场合，权利人只要能证明持有人持有之物属于自己法律上享有支配权之物就可以，也就是说，权利人要证明自己是持有物的所有权人或占有权人。持有人因对持有物没有所有权，所以，在权利人索要时，就返还持有物而言，持有人应无条件返还，不得以权利人拒付报酬或拒付管理费为借口，拒不交出持有物。在合同关系而持有他人之物的场合，当合同约定的持有人持有他人之物的条件消灭时，权利人索要持有物是有法律依据的，如质押合同中，债务人（出质人）已履行合同规定的义务，他有权要回质物，而持有人（债权人）继续持有质物则缺乏法律依据。当合同约定的持有人持有他人之物的条件尚未消灭时，如借用合同未到期等，权利人索要持有物则无法律依据，如果其坚持索要，属于民事违约行为，持有人有权拒绝返还。值得注意的是，在合同关系中，只有单纯的委托保管合同较为特殊，权利人可随时要回持有物，不存在持有条件灭失与否问题，除非双方有特别约定。总之，如果持有人对持有物无继续持有的法律依据，经权利人索要，持有人坚决不予退还或交出的，应视为拒不退还或拒不交出。

（3）拒不退还或拒不交出的意思表示仅限于有权索要持有物的自然人或单位。向谁表达拒不退还或拒不交出的坚定意志才能构成拒不退还或拒不交出的问题在学界是有争论的。有观

点认为向财物所有人表达。[①] 也有观点认为向财产托管人表达。[②] 另有观点认为向财物的所有人、占有人或其委托的人员或机关表达。[③] 上述观点均从一定程度表述了向谁表达拒不退还或拒不交出才构成拒不退还或拒不交出，有一定的合理性，但尚缺乏全面性。第一种观点将接受表达的人限定于所有人，这就意味着排除了因合同关系而合法取得占有权的人，有失全面性，如质押权人取得了质物占有权后，将质物遗忘于某场所，被场所管理人员拾得而保管起来，在质押合同未履行完毕之前，出质人（所有人）是无权索回质物的，因而向管理人员索要质物的只能是质押权人即占有权人；管理人员也只能向占有权人表达拒不交出的意思。如果向所有权人表达则不会侵犯所有权人的返还请求权，因为所有权人有质押合同来保障其所有权，合同到期后，出质人（所有人）履行了合同义务，所有人只能向占有权人索回质物或质物灭失后要求占有权人赔偿等价损失。第二种观点将接受表达的人仅限于财产托管人，意味着排除了非托管关系的财物所有人，也有失全面。因为取得财产的持有不限于合同关系，还包括合同关系以外的合法行为（如无因管理)、非法行为（如持有他人盗窃的赃物）以及事实（如不当得利）而取得的持有，这些持有人非属受托保管财物的人，所以，持有人应向所有人表达拒不交出的意思。第三种观点虽然将接受表达的人的范围有所扩大，但这种扩大的合理性却值得研究。首先，占有人不等于占有权人。占有权人是指

① 马长生主编：《新编刑法学》，湖南人民出版社 1997 年版 第 595 页。
② 张凤阁主编：《最新刑法释义与适用指南》，中国检察出版社 1997 年版 第 450 页。
③ 刘志伟：《侵占罪研究》，载于《刑法论丛》（第 2 卷），高铭暄、赵秉志主编，法律出版社 1999 年版 第 132 页。

占有人依据契约或法律规定取得对物占有权利的人，而占有人只是基于有意思对物取得实际支配的人。占有包括合法占有和非法占有，占有人无论基于事实还是不法原因取得的占有都不享有占有权，因而也就不存在占有返还请求权问题，这样的占有人一旦将占有物遗失、遗忘于某处，被第三人拾得，他们无权向第三人索要，第三人向他们表达拒不交出的意思尚不能说明真正所有人的所有权受到侵犯。只有第三人对占有权人或所有权人表达拒不交出的意思时，才会侵犯其返还请求权。所以，接受表达的人是占有权人而不是占有人，用“占有人”表述尚欠准确。其次，所有权人、占有权人委托的人员和机关不能作为接受拒绝退还或拒绝交出表达的人或单位。理由是，第一，所有权和占有权中的返还请求权具有专属性，所有权人和占有权人或者放弃，或者自己享用，不可能委托给他人享用。他人享用只有在物被赠与后，所有权发生转移的条件下方可以进行，而委托不是物的赠与。所以，返还请求权必须权利人亲自行使，而不能委托他人行使。第二，受委托的人员或机关无权插手自诉案件，同时，任何国家机关都没有受公民委托从事索要债务的职能。所以，持有人向受托人员或机关表达拒不退还或拒不交出的意思不应视为拒不退还或拒不交出具有彻底性。把当着委托人的面拒绝退还或交出的意思表示作为最终的、彻底的不归还的意志，其弊端是剥夺了持有人向权利人表态的机会，因为持有人虽拒绝了委托人的返还请求，但不一定拒绝权利人的请求，这种可能性是客观存在的。综上所述，笔者认为，持有人拒不退还或拒不交出的意思只能向所有权人、占有权人表达才是拒不退还或拒不交出成立的条件。

(4) 拒不退还或拒不交出的财物不限于原物，包括赔偿与

原物等价的损失。财物所有权的外在表现是其物质价值而不是精神价值，任何有价值和使用价值的物均可以以货币去衡量。所有权的实现不以原物的复归为必要，可以以原物的等价价额恢复所有权的圆满。如果将拒不退还或拒不交出仅限于原物也即必须归还原物的话，很可能会扩大打击面，例如，质押权人不慎将质物丢失或损坏，不能归还原物，因而构成拒不退还或拒不交出，这显然是不公平的。我国民法通则规定的民事责任也不是仅仅返还原物，还包括原物灭失后的补偿或赔偿损失。可见，拒不退还或拒不交出既包括拒不退还或拒不交出原物，也包括原物灭失后拒绝赔偿原物等价额的财产损失。

（5）持有人擅自处分他人之物造成物之灭失，客观上又无偿还能力的，应视具体情况来认定是否拒不退还或拒不交出。总的原则是，持有人明知自己无偿还能力而擅自处分他人之物的，在权利人索要时，无论其主观上是否表示愿意退还或交出，均应视为拒不退还或交出。因为主观上表示愿意退还或交出是以持有人具有实际偿还能力为前提的，如果没有实际偿还能力还仍表示愿意退还，这种意思表示是不真实的，因而应认定为拒不退还或拒不交出。具体情况有以下几种：①持有人擅自处分他人之物时，客观上无偿还能力，主观上也无偿还的意思，意欲永久据为己有，但经权利人索要时，持有人又有了偿还能力。如果持有人表示愿意赔偿的，可不视为拒不退还或拒不交出；如果持有人仍拒绝赔偿的，可认定拒不退还或拒不交出。②持有人擅自处分他人之物时，客观上无偿还能力，但主观上有偿还的意思，经权利人索要时，持有人有了偿还能力。如果持有人表示拒绝赔偿时，可认定拒不退还或拒不交出。③持有人擅自处分他人之物时，客观上无偿还能力，但主观上有

偿还的意思，经权利人索要时，持有人仍无偿还能力。如果持有人表示愿意赔偿的，且将来确有赔偿能力的，可不认定拒不退还或拒不交出；若将来不可能有赔偿能力的，即使主观上表示愿意赔偿，也应认定拒不退还或拒不交出。

(6) 拒不退还或拒不交出的时间标准问题。拒不退还或拒不交出的时间是一个关键问题。由于侵占罪是告诉才处理的案件，可能存在被害人自诉和人民检察院提起诉讼或公安机关介入侦查的两种情况。

首先，被害人自诉的情形下，拒不退还或拒不交出的时间标准问题。对此，学界认识存在较大差异。第一种观点认为，以自诉人告诉时或人民法院立案时为准。[①] 第二种观点认为，以开庭审理时为准。[②] 这两种观点在时间上均过早，因为，第一，在上述时间里，持有人慑于刑罚的威力等动机，仍可能主动退出持有物或赔偿损失，即使权利人拒绝接受，则在庭审时很难举出拒不退还或拒不交出的证据，持有人届时会表白他愿意退还或交出但权利人拒绝接收，这种情况很难认定其拒不退还或拒不交出。第二，持有人对代为保管之物的权属可能存在事实上或法律上的认识错误，如误以为捡拾的遗失物归自己所有、误以为质押的担保物所有权已转移、误以为处置代管之物是为了抵消债务等对法律关系的真实认识错误，这种真实认识错误阻却了非法占有的主观故意，所以，为了证明和扭转其认识错误，应当给其一个纠正认识错误的机会和时间，这就要求

---

① 王新平：《论非法占有他人财产罪》，载于《律师世界》1998 年 第 8 期；夏朝晖：《论侵占罪的司法实用问题》，载于《中国刑事法杂志》1999 年 第 6 期；黄祥青：《侵占罪若干问题探析》，载于《法学评论》2000 年第 4 期。刘志伟：《关于侵占罪中“拒不退还或交出”问题的探讨》，载于《云南法学》2001 年第 1 期。

② 邓斌：《侵占罪几个问题的探讨》，载于《法制与社会发展》1999 年第 4 期 第 94 页。

至少要进入法庭调查程序的阶段，而前述两种观点确定的时间没有给纠正认识错误的机会和时间，这就不符合刑事司法活动的追诉对象应是确定的行为事实的刑事诉讼原则。第三，有些情况下，权利人对法律关系的认识错误可能会发生误告，如代为保管人为了实现债权而依法行使留置权，而权利人误以为代为保管人拒不退还；代为保管人为了得到相应履行而依法行使其履约抗辩权等，也需要进入法庭调查程序的阶段才能确定诉讼中的行为事实。第三种观点认为，拒不退还或拒不交出的时间应以一审判决前为时间标准。[①] 这种观点是虽有法律依据，但是它取决于自诉人的意志，还反映不出行为人的拒不退还或拒不交出中的“拒”的意志。第四种观点认为，拒不退还或拒不交出的时间应以二审终审以前仍不退还为标准。[②] 这种观点将拒不退还或拒不交出的时间界定得太晚，有宽纵犯罪、削弱司法权威之嫌。刑法规定拒不退还或拒不交出作为侵占罪的行为要件而没有规定时间标准已给司法实践的具体操作带来很大的困惑，这是一个不争的事实。对此应当进行必要的司法解释。但是，在司法解释尚未出台之前，对这类案件还得处理，这就要从理论上确定一个合理的时间界限。笔者认为，拒不退还或拒不交出的时间应以人民法院判决前的法庭调解阶段为准，因为这个阶段是持有人退还或交出的最后机会，对持有人来说已无回旋的余地。根据刑事诉讼法第 172 条的规定，人民法院对自诉案件，可以进行调解，自诉人在判决宣告前，可以

① 参见傅雪峰、徐培龙：《论侵占罪中的几个问题》，载于《华东政法学院学报》2001 年第 5 期；田明海、毕秀丽：《如何认定侵占罪中的“拒不退还”》，载于《河北法学》2000 年第 2 期。

② 参见王钧柏：《侵占罪主要争议问题研究》，载于《人民检察》1999 年第 4 期。

同被告人自行和解或撤回自诉。侵占案属于可以调解的自诉案件，即使自诉人在法庭调解之前多次与被告人交涉，要求其退还或交出持有物，被告人不予归还的，仍不得视为拒不退还或拒不交出；只有在调解时，被告人仍拒不退还或拒不交出，意味着不退还或不交出要顽抗到底，具有彻底性了，因而可认定为拒不退还或拒不交出。那么，如果在法庭调解过程中，权利人不愿意调解而被告人表示愿意退还或交出的，该怎么认定呢？笔者认为，不能把被告是否拒不退还或拒不交出的成立寄托于权利人是否愿意调解上，否则就会造成被告人是否构成犯罪由权利人的意志和意愿来决定的情况，这与犯罪构成的理论及罪刑法定原则不相容。所以，尽管法庭调解不是必经程序，但既然刑事诉讼法规定可以进行调解，说明被告人也可以提出调解要求，还应该以被告人在调解阶段的拒不退还或拒不交出与否作为认定是否拒不退还或拒不交出的标准，不论权利人是否愿意调解。

其次，人民检察院提起诉讼或公安机关介入侦查的情形下，拒不退还或拒不交出的时间标准问题。人民检察院提起诉讼的情形下，拒不退还或拒不交出的时间标准如何确定呢？有观点认为，人民检察院针对侵占罪提起的诉讼属公诉案件，因而，公诉形式的侵占罪中的拒不退还或拒不交出的时间界限应在检察机关提起公诉之前。① 公安机关介入侦查的情形下，拒不退还或拒不交出的时间标准如何确定呢？有观点认为，对于需要（公安机关）侦查的案件，以侦查人员抓获行为人时其是

① 参见田明海、毕秀丽：《如何认定侵占罪中的“拒不退还”》，载于《河北法学》2000年第2期。

否拒不退还或交出财物为最后时间限制。[①] 笔者认为，人民检察院针对侵占罪提起的诉讼不属于公诉案件，因为根据刑法第98条的规定，人民检察院是在被害人因受强制、威吓无法告诉的情况下而代为行使告诉权的，案件并没有因人民检察院的告诉而改变告诉才处理的性质，仍属于自诉案件的范围，因而人民检察院告诉时，也是按自诉程序进行的。其拒不退还或拒不交出的时间界限也应按前文所述的被害人告诉时的时间界限相同。同理，即使公安机关经法律明确授权而介入侦查的情形下，也没有改变案件的自诉性质，因为根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第1条的规定，公安机关的介入无非是帮助被害人收集证据、抓获行为人而已，至于如何处置行为人，还得取决于被害人是否告诉，而公安机关不能越俎代庖。因此，其拒不退还或拒不交出的时间界限也应按前文所述的被害人告诉时的时间界限相同。

(7) 拒不退还或拒不交出是一种行为而不是一个情节。关于拒不退还或拒不交出是侵占行为还是侵占罪的情节的问题，刑法学界存在不同的看法。一种观点认为，拒不退还或拒不交出不是一般的犯罪情节，而是侵占行为的一部分。[②] 另一种观点认为，侵占行为的成立的核心要素是对代管的他人财物拒不退还，对他人的遗忘物、埋藏物拒不交出，并非只要有'非法占为己有'的事实就成立侵占行为。[③] 还有一种观点认为，拒不退还或拒不交出并非是侵占行为的组成部分或核心要素，更

① 参见刘志伟：《关于侵占罪中"拒不退还或交出"问题的探讨》，载于《云南法学》2001年第1期。

② 参见刘志伟著：《侵占犯罪的理论与司法适用》，中国检察出版社2000年4月版第106页。

③ 参见刘辉：《侵占罪若干问题研究》，载于《法律科学》1999年第1期；陈明华主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1999年版第617页。

不能把拒不退还或拒不交出的行为与侵占行为等同起来，事实上，它只是侵占罪成立的一个情节或要件，[①] 理由是，①各国刑法对侵占行为的描述都表明侵占是一种非法取得他人财物的行为；中外刑法理论通说也认为侵占是一种变持有为所有的行为，而拒不退还或拒不交出的行为是非法所有权之后的行为，并不能揭示侵占行为的本质；②外国刑法大多没有把“拒不退还”或“拒不交出”作为侵占罪的成立要件；③刑法第270条规定的“将代为保管的他人财物非法占为己有”、“将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有”就是对侵占行为的完整描述，之后所述“数额较大，拒不退还的（或拒不交出的)”，则是为限制侵占罪的处罚范围，而在侵占行为之外附加的成立条件；④拒不退还或拒不交出是与“数额较大”相并列、且必须同时具备的成立侵占罪的条件之一，也就是说实施了侵占行为、侵占财物数额较大、而又拒不退还或拒不交出的，才构成侵占罪，如果经权利人索要而退还或交出的，即便是侵占财物数额较大，也不能当侵占罪处理。但是，侵占之后退还或交出财物，并不能否定其行为的侵占性质，客观上已实施了处分他人财物的“非法占为己有”行为，如果以已退还（或交出）为由来否定其实施了侵占行为，显然是不符合客观事实与法理的。第一种观点将拒不退还或拒不交出作为侵占行为的一部分，人为地割裂了侵占罪犯罪行为的整体性。假如说拒不退还或拒不交出是侵占行为的一部分，那么另外部分的侵占行为是什么呢？从第270条上看，也只能是“非法占为己有”。而“非法占为己有”从立法上看，它的内涵是特定的，不会包容拒不退

---

① 参见刘明祥著：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年4月版第359页。

还或拒不交出，如果存在包容关系，罪状上的“拒不退还”或“拒不交出”是赘言，等于重复前面的“非法占为己有”，这显然不符合立法技术要求，也非立法者的疏忽。既然不存在包容关系，两者各自独立，一个整体犯罪行为用两个含义不同的词语表述，其真实的意义到底是什么？立法上有这种矛盾性的规定是极其罕见的。第三种观点把外国立法和理论通说作为立论依据不符合我国刑事立法（刑法第270条规定）的实际情况。的确，大多数国家的侵占罪立法都没有规定“拒不退还”或“拒不交出”的字样，而我国刑法第270条却恰恰规定了“拒不退还”或“拒不交出”，这正是我国刑法与大多数国家的侵占罪立法的不同之处，体现了我国刑法的谦抑性。此外，如果把拒不退还或拒不交出看作“是为限制侵占罪的处罚范围，而在侵占行为之外附加的成立条件”的话，恰恰说明只有以拒不退还或拒不交出方式的“非法占为己有”才是“侵占罪的处罚范围”，才是“侵占行为之外附加的成立条件”，从而说明：①拒不退还或拒不交出在侵占罪的罪状中是不可或缺的；②拒不退还或拒不交出是人的一种行为；③“拒不退还”或“拒不交出”决定和限制“非法占为己有”的内涵和外延而不是“非法占为己有”决定和限制“拒不退还”或“拒不交出”的内涵和外延。另外，“如果经权利人索要而退还或交出的，即便是侵占财物数额较大，也不能当侵占罪处理”、“侵占之后退还或交出财物，并不能否定其行为的侵占性质”的立论是矛盾的。既然退还或交出财物不能当侵占罪处理，而侵占罪的性质是由行为的性质决定的，那么，侵占罪不存在了，行为的性质也就便了，不存在犯罪没了而构成犯罪的行为还存在的问题。鉴于上述分析，笔者认为，拒不退还或拒不交出作为一种行为，其表

现形式是不作为，它的作为义务来自于民法关于合同之债、无因管理、不当得利、脱离持有物的拾得等产生的归还义务。不过，国内也有学者认为，侵占行为既可以是作为，也可以是不作为。① 笔者认为，我国刑法规定的侵占罪罪状与日本及我国台湾刑法的规定不同，后两者以非法据为己有的行为为终结，即已构成侵占罪，如将持有的他人之物变卖、质押等即属侵占罪。实施非法据为己有行为后，即使将原物交回，也不影响侵占罪的成立。所以，后两者刑法规定的侵占行为既可以是作为，也可以是不作为。② 而我国刑法中的侵占行为以拒不退还或拒不交出的行为为终结，而不是以非法据为己有为终结，因为持有人将物变卖、质押以后，尽管已表现了不法所有的意思，但尚不能说明持有人一定不会退还或交出持有物，只有主观上具有不法所有的意思，客观上将持有之物拒不退还或拒不交出的，才构成我国刑法中的侵占罪。拒不退还或拒不交出的行为是一种不履行法律规定的返还义务的消极的不作为。所以，我国刑法中的侵占罪之侵占行为只能以不作为行为方式实施。关于拒不退还或拒不交出不是情节问题后文另有角度阐述。

综上所述，笔者认为，拒不退还或拒不交出的含义是非财产所有人对持有的他人之物经权利人索要时无法律依据在法庭调解时坚决不予以退还或交出的不作为侵占行为。

2. 拒不退还或拒不交出的构成条件

构成拒不退还或拒不交出需具备以下几个条件：

---

① 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版 第 784 页。
② 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆发行 1990 年版 第 1169 页。

(1) 必须经合法权利人向代为保管其财物的人提出返还财产所有权的请求。

(2) 代为保管他人财物的人无合法理由或者无事实上或法律上的认识错误不退还他人财物。

(3) 自诉程序启动后，经法庭调解，代管人不存在事实上或法律上的认识错误情况下（法庭调查阶段已使代管人对物的权属和法律关系有了正确认识），仍然不退还他人财物的。

（四）非法占为己有与拒不退还或拒不交出的关系

非法占为己有是持有人将自己持有的他人财物非法转变为自己所有的主观意图，但是有些情形下，非法占为己有有时又表现为以作为的方式非法处置他人财物的行为，那么，非法占为己有表现为非法行为的场合，非法占为己有与拒不退还两者是否能结合为一体构成刑法理论中的复杂危害行为即复合行为呢？两者之间是什么关系呢？所谓复杂危害行为是指构成某种具体犯罪必须具备的复数实行行为，复数实行行为是指由两个或两个以上的实行行为组成。[①] 复杂危害行为具有规范性和整体性的特征，规范性是指刑法的明确规定性；整体性是指以复合行为作为犯罪的构成要件中，两个行为分离开来均无独立意义，只有结合起来作为一个构成行为，才能进入角色。[②] 也就是说，复合行为作为某一犯罪构成要件的行为必须是两个以上的独立行为有机地结合为一个行为，其中，被结合的各个行为要具有非法性并且不能时有时无、可有可无的特征，如强奸罪、抢劫罪中的被结合的各个行为就具有这个特征。而在侵占

① 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年 6 月第 3 版第 189 页。

② 参见吴振兴著：《罪数形态论》，中国检察出版社 1996 年 4 月版第 23 页。

罪的犯罪构成要件中，非法占为己有表现为民事侵权行为时，和拒不退还或拒不交出的行为结合为一起，似乎符合上述复合行为的特征，但是，侵占罪的成立并不一定要求非法占为己有表现为民事侵权行为，即不以民事侵权的违法行为为必要。在占有他人之物合法的情况下，代为保管人并不需要对代管物实施擅自使用、收益和处分的民事侵权行为而直接实施拒不退还或拒不交出的行为是可能而现实的，在这种情况下，民事侵权的违法行为是可以不要的。可见，民事侵权的违法行为虽具有非法性，但鉴于它时有时无、可有可无，因而缺乏复合行为中的各个独立的行为必然结合性的特征。从上述意义上讲，非法占为己有相对拒不退还或拒不交出的行为而言，是主观要素。即使是擅自实施使用、收益和处分他人之物的违法行为还尚不能说明侵占行为的成立，只有非法据为己有的意图，并且拒不退还或拒不交出的，才能成立侵占行为。而且，代为保管人即使不以行为来表现其不法占为己有的意图，只要其内心有不法占为己有的意图，经权利人索要代管财物时，代为保管人只要坚决表示不退还或不交出，同样也构成侵占行为。可见，代为保管人是否用行为来表现其不法占为己有的意图并不重要，重要的是只要其内心有不法占为己有的故意就足够了。因此，就构成侵占行为而言，不法占为己有仅仅是代为保管人的不法占为己有的意图，是侵占行为的主观要素，不可或缺。在许多论著中，不少学者把非法占为己有作为侵占行为之一种表现形式，[①] 也正是因为这样的认识，才把侵占行为当作作为方式来

① 参见刘志伟：《侵占罪研究》，载于高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》，第2卷 法律出版社 1999 年版 第 123 页；刘辉：《侵占罪若干问题的研究》，载于《法律科学》1999 年第 1 期 第 105 页。

理解的，这是认识上的误区。

（五）侵占行为的概念和本质

根据上述对非法占为己有和拒不退还或拒不交出的理解，笔者认为，所谓侵占行为是非财产所有人以非法占为己有为目的，对持有的他人之物经权利人索要时坚决不予退还或不交出的行为。关于侵占行为只能由作为方式还是只能由不作为方式或者既可以由作为方式也可以由不作为方式来实施的问题，理论界存在不同的观点。一种观点认为，合法权利人提出交还要求是侵占罪成立的必要前提；不按权利人要求履行交还财物的作为义务，是侵占罪客观方面的实质，从理论角度讲，侵占罪只能由不作为构成。[①] 另一种观点认为，侵占行为既可以是作为，也可以是不作为，具体表现为将自己代为保管的财物出卖、赠与、消费、抵偿债务等等。[②] 上述两种观点的共识是不作为是侵占行为的实施方式，但是不同点在于侵占行为是否只能由不作为来实施。争论的焦点是：①"拒不退还"或"拒不交出"是行为还是情节；②怎样看待"变持有为非法占有"；③大陆法系国家的立法和刑法理论的共识能否作为解决我国刑法理论界对上述争议问题的依据。

有观点认为，拒不退还或拒不交出只是与"数额较大"相并列、具有相似性质的犯罪情节，并非等同于侵占行为。[③] 犯罪情节是结合犯罪构成诸方面，对行为的社会危害性的大小加以衡量，认定其是否达到了犯罪的程度，或者认定其为重罪或

① 参见陈明华主编：《刑法学》，中国政法大学出版社 1999 年版 第 617—618 页。

② 参见张明楷著：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版 第 784 页；刘明祥著：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年 4 月版 第 361 页。

③ 参见刘明祥著：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年 4 月版 第 361 页。

轻罪的综合性标准或标志，它不是犯罪构成的一个要件或犯罪构成的组成部分，与犯罪构成要件也不存在并列关系。[①] 很显然，犯罪情节对犯罪行为来讲是处于隶属状态下的，对是否构成犯罪而言只起量化作用，而不具有质的规定性。而在侵占罪的罪状中，拒不退还或拒不交出对构成侵占罪而言起质的作用而不是量的作用，因为非法将代为保管他人数额较大的财物占为己有的行为本身并没有构成侵占罪，只有拒不退还或拒不交出才构成侵占罪；反过来，行为人将代为保管他人数额较大的财物没有实施占为己有的非法行为（民事侵权行为）而直接实施拒不退还或拒不交出的行为，这意味着行为人主观上有非法占为己有的故意，客观上有拒不退还或拒不交出的行为，也一样构成侵占罪，这说明拒不退还或拒不交出与侵占罪之间有法律上的内在必然联系，进而说明拒不退还或拒不交出是成立侵占罪质的条件，决定了是侵占罪的构成要件。而占为己有的民事侵权行为如前文所述是时有时无、可有可无的，因而与侵占罪没有必然联系。如果非法将代为保管他人数额较大的财物占为己有的行为本身构成了侵占罪，那么，刑法在侵占罪罪状中规定拒不退还或拒不交出就是一句废话，这显然不是立法的本意。总之，拒不退还或拒不交出不是犯罪情节而是侵占行为。

在学界有许多学者对侵占行为的本质均概括为“合法持有、非法占有”。[②] 那么，怎样理解这一概括呢？关于合法与非法持有问题前文已有论述，此不赘述。如前文所述，由持有

① 参见高格著：《定罪量刑的理论与实践》，吉林人民出版社 1994 年 6 月版第 67 页。

② 参见王作富：《略论侵占罪的几个问题》，载于《法学杂志》，1998 年第 1 期；陈兴良：《侵占罪与贪污罪之比较》，载于《法学家》1996 年第 1 期；夏朝晖：《论侵占罪的司法适用问题》，载于《中国刑事法杂志》1999 年第 6 期。

变非法占有也就是代管人以所有权人自居将代为保管之物进行非法使用、收益和处分的行为。如果非法占有不包含拒不退还或拒不交出，非法占有也就是占为己有的民事侵权行为，因而不是侵占行为；如果非法占有包含拒不退还或拒不交出，那就意味着拒不退还或拒不交出至少是侵占行为的一个组成部分，应等同于侵占行为。非法占有从字面上讲，是占有的一种，而非法占有也是持有他人财物的依据之一，要向侵占行为发展，必须有一个飞跃，所以，合法持有也好，非法占有也罢，两者需要拒不退还或拒不交出的行为才构成侵占行为，从这个意义上讲，合法持有转化为非法占有尚不能说明构成侵占行为。即使从深层理解非法占有无非是非法据为己有，而非法据为己有的行为表现也尚不能说明持有人拒不退还或交出，因而非法据为己有本身不是侵占行为。笔者认为，“合法持有，非法占有”不是侵占行为应有之意义，因而不是侵占行为之本质。

由于我国刑法关于侵占罪罪状的规定与其他大陆法系的相关规定不同，其他大陆法系国家刑法都没有规定“拒不退还”或“拒不交出”，多数规定“侵占”、“侵吞”的字样，所以，可以理解侵占行为既可以由作为方式也可以由不作为方式来实施。而我国刑法却独特地规定了“拒不退还”或“拒不交出”，对侵占行为的方式作出了限定，体现了我国刑法关于侵占罪的谦抑性规定，这种特色绝不能以国外的立法例和理论来注解。

综上所述，侵占行为的本质是拒不退还或拒不交出持有他人之物行为。

第五章　侵占罪的主体要件和主观要件

第一节 侵占罪的主体要件

根据刑法第270条的规定，侵占罪的主体是指任何达到法定责任年龄，具有刑事责任能力，持有他人财物的自然人。关于侵占罪主体，有以下几个问题需要探讨。

一、侵占罪主体是一般主体还是特殊主体

一般主体是指只要行为人具备责任年龄和刑事责任能力即可构成某些犯罪的人。特殊主体是指在具备一般主体的条件基础上，还要求行为人必须具备特殊身份才可构成的犯罪主体也即身份犯。所谓特殊身份是刑法所规定的影响行为人刑事责任的行为人特定的资格、地位及状态。对于犯罪一般主体，特定的身份不是必备条件；对于犯罪特殊主体，特定的身份是犯罪主体和犯罪构成的必备条件，不具备特定身份，即使达到刑事责任年龄和具有刑事责任能力，也不能单独构成这些特定的犯罪。[1] 关于侵占罪主体是一般主体还是特殊主体在学界是有争论的。有一般主体说和特殊主体说两种对立的学说。在我国台湾，多数刑法学者认为，侵占罪的行为主体以持有他人之物者

[1] 参见高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社1989年版 第124－126页。

为限，故侵占罪为特别犯或身份犯。① 我国大陆学者对此意见也不一致。一种观点认为，侵占罪主体系一般主体，没有主体身份的特别限制。认为持有他人之物只是犯罪构成在客观方面所要求的行为发生的“特定条件”而不是“特殊身份”；特殊主体具有法定性，只有刑法明确规定为特殊主体的犯罪，其犯罪主体才能称“特殊主体”；对侵占罪而言，持有他人财物并不是行为人的特殊身份，而是基于一定的法定事由而形成的客观事实形态。② 另一种观点认为，侵占罪主体为他人财物的持有人，属于特殊主体。③ 笔者赞同后一种观点。持有他人财物虽然是侵占罪客观方面的一个内容，但其侧重的仅仅是持有行为，而持有他人之物同时也包含了侵占罪主体的内容，即他人之物的持有人，非持有人不能独立构成侵占罪，这是刑法对犯罪主体的限制，也就是说，不是所有具有刑事责任能力和达到刑事责任年龄的人都可以构成侵占罪，只有在具备一般犯罪主体条件基础上，还必须具备对他人之物具有持有关系，因为有无持有关系直接影响侵占罪是否成立。对物的持有是侵占罪成立的先决条件，而人对物的持有关系是特定关系之一种。④ 所谓特定关系是指行为人本身具有的特殊事实，侵占罪以持有关系为其犯罪构成的特别要件，⑤ 可见，特定关系也是由刑法明确规定的，无此特定关系，自然不构成侵占罪。持有他人之物

---

① 参见［台湾］林山田著：《刑法特论》，三民书局 1978 年版 第 291 页；［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下），台湾商务印书馆 1990 年版 第 1167 页。

② 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 310 页；王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年第 4 期。

③ 参见董鑫主编：《盗窃罪个案研究》，四川大学出版社 1994 年版 第 207 页；党燕：《论我国刑法中侵占罪》，载于《刑事法学要论》法律出版社 1998 年版 第 667 页。

④ 参见［台湾］蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局 1995 年版 第 198 页。

⑤ 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆发行 1990 年版 第 1170 页。

说明了持有人与持有物之间的实际支配关系，这种支配关系是决定持有人不构成盗窃、诈骗等财产犯罪的事实状态，同时也决定持有人能否构成侵占罪的事实状态，因而持有人也是刑法中的特殊身份。可见，他人财物的持有人是侵占罪的特殊主体，也正是因为这一点，才决定了“持有人与非持有人共同实施侵占持有他人之物，依法应构成共同正犯”。[①]

二、持有人的确认

一般情况下，持有人即对他人之物实际控制的人是不难辨别的，但有些情况下，持有人的区分并非易事，兹分别述之。

（一）共同发现、拾得遗忘物、埋藏物的持有人之确定。有些情况下，财物所有人将物遗忘在非特定场所，如路遇熟人聊天，将手提包放在路边的石凳上，熟人刚走，所有人恰遇一辆公共汽车开过来，急忙追赶至车站，忘记了放在石凳上的手提包。这时，有甲、乙两个人走过来，发现石凳上的手提包，便由甲拾起来，两人商议将该包藏在邻居庭院的草垛里，意图据为己有。所有人追问甲时，甲矢口否认拾到手提包，问及乙时，乙也矢口否认。那么，谁是持有人呢？此案中，虽然甲亲自拾起提包，但藏匿是两人共同进行的，两者对藏匿之包都有实际支配力，因此，甲、乙两人是该包的共同持有人。假如甲拾得后由甲拿回家保管或由乙拿回家保管，那么，非保管手提包的一方已丧失了对包的实际控制，因而不是持有人。假设甲、乙两人将包藏匿在邻居庭院里的草垛中，该庭院主人发现了草垛中的手提包，将之转移个地方隐匿起来，谁又是持有人

① 参见［台湾］陈焕生著：《刑法分则实用》，各大书局 1979 年版 第 341－342 页。

呢？这种情况下，由于手提包被庭院主人转移了地方，甲乙两人均在事实上丧失了对物的实际控制，取而代之的是由庭院主人取得了对手提包的实际控制，因此，庭院主人是手提包的持有人。但是，假设甲乙两人不知道手提包已被庭院主人转移藏匿，所有人也不知道手提包落到庭院主人之手，甲乙误认为手提包仍在他们实际控制状态的，所有人将甲乙两人告诉至法院，在法庭调解阶段，甲乙仍拒绝交出的，怎样认定持有关系呢？笔者认为，虽然甲乙两人事实上失去了对物的控制，但按刑法认识错误的理论，甲乙两人主观上和客观上仍具有违法性和有责性，即主观上有非法据为己有之故意，说明主观恶性之强、人身危险性之大；客观上对所有人之所有权造成了侵犯，财产上造成了损失，毕竟曾为所有人代管过手提包，并且误认为这种代管仍然存在，因而，其行为完全符合侵占罪的全部特征。这种情况下，甲乙两人属于假想持有人，应视为持有人。如果后来发现包藏匿于庭院主人处时，经索要，庭院主人拒不交出的，也应以侵占罪治罪，这时，庭院主人是手提包的真正持有人。

（二）精神病人等无行为能力人拾得遗失物或其他脱离持有物的持有人确认问题。精神病人等无行为能力的人在法律上视为无意志之人，由于持有是一种纯粹的事实行为，不需任何意思附加，所以，当上述人实际控制某物时，也就视为持有人，只是这样的持有人不能作为侵占罪的主体而已。但是，如果上述人将他人之物隐匿起来，失去了控制，谁是持有人呢？应视具体情况确认：（1）如果将物隐匿在他人有权控制的场所，则场所的主人是持有人；（2）如果将物隐匿于自家，则监护人或家主是持有人；（3）如果上述人将物抛弃或毁灭，则再

次拾得人为持有人，若毁灭的，监护人或法定代理人负责赔偿，拒绝赔偿的，也属民事纠纷。(4) 如果有行为能力的人将代为保管物存放在精神病人那里，由于此种情形精神病人是无意志之人，是一种机械持有者，是有行为能力人自己持有的方式之一，尤如将物放在柜子一样，所以，有行为能力人仍是保管物的持有者。如果将精神病人作为持有者，对有行为能力的保管者而言，则可能会出现规避法律的行为。

三、单位可否作为侵占罪的主体

根据刑法第 270 条的规定，单位不可以作为侵占罪之主体。但鉴于现实生活中，单位侵占他人财物的案件也频频发生，阻碍了经济运行的畅通，社会危害性较大，笔者认为，应当将单位规定为侵占罪的主体，理由是：

1. 单位犯侵占罪与商品经济的发展是密切联系的。伴随着商品经济的发展，法人组织迅速增加，但是，由于社会主义初级阶段的商品经济尚不成熟，不可避免地存在一些消极因素。商品经济的自发性、盲目性以及本位主义等因素可能导致某些单位为本单位利益而涉足犯罪的事情。在现实生活中，单位借助合同关系持有他人之物而侵占他人财物的现象普遍存在，也有些单位利用“债”的形式侵占他人财物，长期拖欠债务，有能力偿还而拒不偿还，严重影响了社会经济生活的正常秩序，其危害往往比公民个人侵占要大得多，因而有必要运用刑罚手段来解决。

2. 单位侵占他人财物是客观存在的

在实践有许多单位侵占他人财物的案例，往往没有刑法上的依据而不能对他人所有权有效地保护，给侵权单位以可乘之

机，肆无忌弹地侵占他人财物。例如，某省甲厂于1998年7月向乙厂购买化工原料钼酸钴19．4吨，乙厂在8月发货时，误将数吨贵重金属原料高铂小球当成钼酸钴一起发给了甲厂（乙厂无据确认错发的数量）。事后乙厂发觉错发货，随即发电报，派人到甲厂要求退回高铂小球。但甲厂以种种理由搪塞，拖着不退。直到1999年2月，乙厂第二次派工程师等人到甲厂要求开包验货。甲厂厂长许某假称仓库保管员不在，故意拖延时间，中午利用请吃饭的机会，授意该厂一名副厂长带十几个工人开仓，将部分高铂小球搬走，并搬来钼酸钴补平。由于甲厂截留了3吨价值11万元的高铂小球，并用之提炼铂金出售，该厂产值大幅度上升。当年甲厂实行利润包干，据此，年终厂领导提成1万5千元为奖金，许某1人得1600元，后被甲厂职工告发。法院以不当得利，判决甲厂返还不当利益了事。这实际上就是单位实施的侵占行为，数额巨大，因而应追究其刑事责任。此外，还有借助物权契约取得他人之物拒不退还的情形等等。

3．单位作为侵占罪主体是可行的

对侵占罪的单位犯罪的规定在立法形式上可以借鉴已有的单位犯罪之规定。在实际操作中，单位也是可罚的，侵占罪属于财产犯罪，对单位处以罚金或没收财产，对直接责任人员还可单独处一定的刑罚。

第二节 侵占罪的主观要件

侵占罪的主观要件是侵占罪的罪过形式和犯罪目的特别要素。侵占罪的罪过形式从侵占罪的罪状上看，只能是故意。关

于侵占罪的主观要件有以下几个问题值得研究：

一、侵占罪的主观要件除故意外，是否还需要有犯罪目的

关于这个问题，日本刑法学界是有争论的，有必要说和不要说两种对立的学说。必要说认为，除故意外，非法据为己有的目的是必要的。不要说认为，只要有故意就够了，不需要有不法所有的意图。[①] 我国台湾有学者也持有必要说，认为侵占罪既是故意犯，又是目的犯。[②] 笔者认为，从我国刑法第270条的规定看，侵占罪的故意是指非财物所有人明知自己持有之物不属于自己所有而有意非法排除所有人对财物的所有进而归自己所有的行为会造成所有人财物损失的后果并且希望这种结果发生的心理态度。从持有人拒不退还或拒不交出他人财物来看，其故意具有坚定性、彻底性，说明其在积极地追求这一结果的发生而不是放任这种结果发生，因而侵占罪的故意是直接故意。希望结果发生是侵占罪的意志因素，而这种意志因素是由犯罪目的决定的。犯罪目的是希望意志的核心，反映着直接故意的心理内容，是直接故意的当然组成部分。犯罪目的的存在不仅说明持有人对其行为的社会危害结果已有认识，而且表明持有人积极追求这一预期的危害后果。犯罪目的的产生就意味着直接故意的形成，直接故意的性质是由犯罪目的的性质决定的。没有犯罪目的，便不可能存在犯罪故意的希望意志，也就不会有直接故意。可见，犯罪目的与直接故意具有不可分割的内在联系。直接故意是以追求某种危害结果的犯罪目的为核

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版 第680页。
② 参见［台湾］蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局1995年版 第196页。

心而产生的，犯罪目的是直接故意的灵魂。[①] 也就是说，凡直接故意，其内容均包含有犯罪目的的特别要素，犯罪目的不能脱离犯罪故意而独立存在，不能人为地割裂罪过心理的完整性。因此，必要说和不要说的争执无任何实质意义，因为必要说是将一个统一整体割裂开来认识，不要说是将两个概念统合于一起来认识，但两者都承认有犯罪目的，只是表述方式不同而已。但是，直接故意里虽包容犯罪目的，但并不意味着有犯罪目的都是目的犯，因为目的本身并不是犯罪构成的要件，只有当法律为限制某种犯罪的范围，特别指明构成某种犯罪必须具有一定目的时，犯罪目的才成为该罪的构成要件，因而才能成为目的犯。侵占罪中直接故意里的犯罪目的是直接故意本身所固有的，它的存在并不是为了限制侵占罪的范围，因而不是侵占罪构成要件，而是蕴含于直接故意里，通过直接故意来作为侵占罪的构成要件，因此，侵占罪不是目的犯。

综上所述，侵占罪的主观要件里含有犯罪目的的特别要素，但犯罪目的不能独立于直接故意而存在。

二、侵占罪犯罪目的之含义

侵占罪的犯罪目的是持有人将持有的他人之物非法占为己有。“持有他人之物”包括合法占有他人之物也包括非法占有他人之物。占有是对他人之物的实际控制。由于行为人非法占有他人之物并不是通过犯罪方法获得，因而非法占有他人之物并不是侵占罪的犯罪目的，只有行为人在非法占有的他人之物的基础上非法占为己有，从非法占有过渡到非法占为己有，才

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》，（第2卷）中国人民大学出版社1993年版第121页。

是侵占罪的犯罪目的。所以，包括非法占有他人之物在内的持有他人之物是非法占为己有的必要前提，不可或缺。“非法占为己有”或“不法占为己有”是指无法律上的原因或无所有之原因，也即将他人之物转归自己所有尚无法律根据。对占为己有或据为己有的理解，学界观点不一：一种观点认为，占为己有是指持有人意图永久排除所有人之所有权而使自己成为持有物之所有人。① 另一种观点认为，占为己有是指持有人意图排除权利人而使自己以所有人自居，谋取对物依其经济上之用法而为使用、收益和处分之行为，因此，毁损、隐匿持有物不是占为己有。② 这里实际上有两个问题需要解决：第一，排除所有人对物之所有是否需要永久？第二，持有人取得所有是否一定遵从财物的经济用途？笔者认为，第一，排除所有人对物的所有要具有永久性才符合侵占罪的本旨，因为临时排除所有人对物的所有不能说明持有人不退还或不交出持有物具有意志上的坚定性、彻底性，从而也不能说明持有人一定拒不退还或拒不交出持有物。英国学者认为，“一个已经占有属于他人所有的财产的人，如果怀着永久性地剥夺他人财产的故意而不诚实地将这些财产据为己有，他就犯了盗窃罪”。③ 可见，永久性排除所有人对物的所有符合拒不退还或拒不交出的要求。对那些拖延不还、延期交还、因忘记而没有归还的情形，由于排除所有人对物之所有不具永久性，因而不能视为据为己有。第

① 参见［台湾］林山田著：《刑法特论》，三民书局 1978 年版 第 298 页；朱小林、龚举文：《对侵占罪和贪污罪的探讨》，载于《律师世界》1998 年第 5 期。

② 参见［台湾］陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 732 页；张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版 第 784 页。

③ ［英］鲁珀特·克罗斯等著：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社 1991 年版 第 199 页。

二，占为己有并不一定要遵从财物上的经济用途。占为己有的本质是对他人所有权的侵犯，只能以他人财物所有权是否受侵犯作为标准来衡量持有人的占为己有的与否；遵从财物上的经济用途只是持有人占为己有的动机之一，而动机如何不影响罪名的成立。正如英国学者所认为："据为己有不是为了赢利的目的或者不是为了自身利益，这是无关紧要的"。[①] 事实上，持有人将持有物占为己有也可能对持有物加以隐藏而不加以利用；甚至可以将持有物毁损，这些行为是非法占为己有后的处分行为，无论其基于何种动机在所不问，只要经权利人索要后，持有人拒绝交出或拒绝赔偿的，就构成了拒不退还或拒不交出，因而构成侵占行为，如果把占为己有仅限于经济用途，那就等把定罪标准交给了侵占者，他可以避开此动机从而使自己无罪，以逃避惩罚，这对保护所有权不利。值得一提的是，一个人在没有持有他人之物情况下毁坏该财物和已持有该财物又将该财物毁坏的，两者之间是有一些差别的，持有财物之人负有保管和返还义务，若将持有物毁坏又拒绝赔偿的，符合侵占行为的一切特征；非持有物而予以毁坏的，则不具备上述义务，但两者的共同点都是以积极的作为故意毁坏他人财物，符合故意毁坏公私财产行为的一切特征。他人之物的持有者以积极之作为触犯了故意毁坏公私财物罪，又以消极的不作为触犯了侵占罪，前后两个行为属于牵连关系。非持有他人之物而毁坏他人之物的，则不具有牵连关系。从这个角度上看，毁坏自己持有的他人之物也是占为己有的方式之一。正如英国学者所认为，毁坏财物的权利是属于财产所有者的权利，而一个人如

① [英] 鲁珀特·克罗斯等著：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社 1991 年版 第 218 页。

果僭越了他人的所有权，那就等于是把他人的财产据为己有。因而按《1968年盗窃罪法》，毁坏他人财物行为是据为己有的行为。[①] 第三，占为己有的目的既包括为自己非法所有，也包括为第三人非法所有。如上所述，非法占为己有的本质是对他人财产所有权的永久的非法的剥夺，不论持有人自己所有还是为第三人所有，其结果都是对所有人之所有权的侵犯。持有人为第三人所有也是其非法所有后的处分行为，如果持有人拒不退还或拒不交出的，不影响其侵占行为的成立；如果第三人与持有人事先通谋的，如教唆、帮助持有人侵占他人财物，第三人也构成侵占罪之共犯。如果事前无通谋，第三人持有他人之物，无论其是否明知所持之物是否是赃物，经权利人索要时，第三人拒不退还或拒不交出的，其行为也属独立的侵占行为。当然，如果第三人明知赃物而持有（窝藏），经权利人索要而拒不退还或拒不交出的，则属窝赃与侵占两罪的牵连犯，应择一重罪处断。此外，如果将非法占为己有仅理解为持有人自己所有，则会出现放纵犯罪的问题，因为持有人非法占为己有后转移给第三人所有或一开始为了第三人所有而非法占为己有的行为，都不能以侵占罪论处，而所有人之所有权受到侵犯不会受到有效保护，这显然与侵占罪规定的本旨不符。在这个问题上，有些国家和地区刑法明确规定，非法占为己有是指为自己或第三人不法所有。如瑞士刑法第140条规定："为自己或第三人不法之利益而侵占……，处……"意大利刑法第646条规定："意图为自己或他人不法之利益，而侵占……。"我国台湾刑法第335条规定："意图为自己或第三人不法之所有，而侵

---

① 参见［英］鲁珀特·克罗斯等著：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社1991年版 第199页，第200－201页。

占……。”此外，奥地利、格陵兰、泰国等国家刑法中的侵占罪也有类似的规定。所谓意图即指期望,① 也即犯罪目的。对于这种将犯罪目的明确规定包括为第三人非法所有的方式，比只将犯罪目的规定为为自己非法所有的方式为周全。② 从罪刑法定原则所要求的规定确定性而言，上述国家和地区的刑法规定犯罪目的的方式应予以肯定，也值得我们借鉴。

三、侵占罪故意的内容

侵占罪故意的内容是指它的意识因素和意志因素两个方面，兹分别述之。

(一) 意识因素

侵占罪的意识因素是指他人财物持有人对侵占罪构成要件的明知，包括对财物归属的明知、违法性的明知及危害结果的明知。本文着重论述财物归属明知和违法性明知。(1) 对财物归属的明知。这种明知是指持有人认识到自己所持有之物不属自己所有而属于他人之物。明知物的归属一般在持有关系发生时产生，如因债权和物权合同而取得所有人之物，取得人也即持有人在取得之初就明知持有物不属自己所有（除买卖合同、消费借贷合同外)。但是，有时明知发生在权利人提出证据证明持有物属于自己之时，如在法庭审理之时，因为在现实生活中，有些持有人对持有之物的归属会发生法律上或事实上的认识错误，如误将别人的东西当作自己的东西拿走，误认为捡到的东西即属于自己、误认为拾得他人之物只要失主不付酬金即

① 参见［台湾］陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》(下)，五南图书出版公司 1984 年版 第 732 页。
② 参见［台湾］林山田著：《刑法特论》，台湾三民书局 1978 年版 第 223 页。

属自己等等，这时，物主就需要拿出证据来证明持有物属于自己。当拿出的证据足以证明持有物确属主人时，持有人没有理由坚持认为持有物属于自己，其错误认识应视为不存在，即转化为明知。所以，确认明知不应以持有关系发生时为准，而应当以有充分证据证明物的真正主人时为准。由于侵占罪是以拒不退还或拒不交出为必要，将物据为己有并不意味着持有人一定拒绝退还或交出，基于错误认识将他人之物据为己有也存在这个情形，当有证据证明持有物不属于持有人，持有人由错误认识转为明知，如经权利人索要，持有人拒绝退还的，也同样构成侵占罪，从这个意义上讲，持有人对持有物的归属认识上是否确定、是否存在错误认识都不影响最终的明知，这种由认识上的不确定或错误转化为最终的明知符合侵占罪产生的轨迹，这也是侵占罪故意中明知的一个重要特点。(2) 对违法性的明知。对违法性的明知往往反映持有人具有一定的主观恶性，因而决定其有责性。这里的违法性是指缺乏正当理由和依据，知道无所有权而为非所有人不能为之行为，简言之，将持有物据为己有缺乏理由和根据。但在实践中，也有持有人认为将持有他人之物据为己有是合法的，无何不妥，例如，持有人偶然发现埋藏物，认为是无主物，不知道无主物归国家所有，而将其拾得拿回家中，据为己有，此时，持有人并无违法性认识。若持有人已被告知无主物属国家所有，应上缴给国家，持有人不上缴的，就存在违法性认识了，但这种认识仍属违反民法的认识，当权利人要求其交出时，持有人拒绝交出的，就是对刑事违法的认识，其主观恶性就具有强烈的反社会色彩了。

（二）意志因素

侵占罪的意志因素是希望或追求永久性地剥夺他人财产所

有权。在国外的刑法理论和刑法规定中，永久性地剥夺的故意的含义较为广泛，一个人不具有使他人永久性地丧失财产的打算而把属于他人财产据为己有的，如果该人具有象处置自己财产一样可以不顾他人的权利去处置该财产的意图，如通过留置或挪用而僭越该财产所有主的权利，那就应当被认为他具有永久性地剥夺他人财产的故意。[①] 格陵兰刑法第 75 条第 2 款明确规定："非法使用他人财产者，定侵占罪。"意志因素的内涵受制于一个国家刑法关于侵占罪罪状的规定，当持有人想归还持有物，但归还前又擅自使用、处置持有物作为侵占罪之行为时，其非法使用就是永久性剥夺他人财产所有权的故意。我国刑法关于侵占罪的罪状与大多国家的刑法规定不同，无论怎样擅自使用、处置，只要在不降低原物价值情况下退还或交出的，或者原物已毁损，丧失了价值但愿以原物等价额赔偿的，都不是永久性剥夺他人财产所有权的故意。只有剥夺他人物的返还请求权，使他人彻底丧失所有权才是永久性地剥夺他人财产所有权的故意。因此，我国刑法侵占罪故意中的意志因素是希望或追求他人彻底丧失所有权而为自己或第三人永久性所有。

（三）侵占罪中非法占有的故意产生的时间问题

侵占罪中非法占有的故意产生的时间是在持有他人之物之前还是之后的问题涉及到犯罪性质的认定，对这个问题的研究，有助于正确认定犯罪性质。关于侵占罪中非法占有的故意产生的时间问题，学界有以下两种观点：第一种观点认为，非法占有

① 参见［英］鲁珀特·克罗斯等著：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社 1991 年版 第 210 页、第 223 页。

之故意必须发生在持有关系成立之后。[1] 第二种观点认为，非法占有之故意在某些情形下也可发生在持有他人之物之时。[2] 笔者认为，由于持有他人之物的依据不同，非法占有的故意产生的时间也可能会发生不同。在基于合同关系取得他人之物持有的场合，如果持有人在持有之前就有非法占为己有的故意，那就意味着持有人无诚心代他人保管财物，向委托人隐瞒了事实真相，显然具有诈骗之意图，持有人抱着这种意图才假称替他人保管财物或主动提出为他人保管财物，而取得他人之物持有的，与诈骗罪的特征相符合，因而不构成侵占罪。所以，若要构成侵占罪，非法占有的故意必须发生在持有他人财物以后。在基于非合同关系而持有他人之物的场合，非法占有的故意可以发生在持有他人之物之前，突出表现在拾得脱离持有物方面。如某人专门在大街上闲逛寻找遗失物，也知道遗失物拾得后所有权不属自己，但其拾得后就想归己所有，显然其意图将拾得物归己具有非法性。尽管其非法占有的故意于发现拾得物之前就已具有，但法律并没有规定抱着非法占有的故意而去寻找遗失物并拾得它是一种犯罪行为，因为遗失物是物主自己不慎而脱离其实际支配的，而不是持有人用犯罪方法使物脱离其实际支配，也即持有人只有有非法占有的故意而无行为。当持有人发现遗失物并以非法据为己有的意图拾得该遗失物时，本身并没有构成任何犯罪，只不过是持有人在持有他人之物时，具有占有的意思，而且这种占有意思是不法的，因而决定了持有人的占有属非法占有。非法占有也是持有他人财物的依据之一，如果经权利

① 参见王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999年第4期；董鑫主编：《盗窃罪个案研究》，四川大学出版社1994年版第209页。

② 参见刘志伟：《侵占罪研究》，载于《刑法论丛》（第2卷），法律出版社1999年版第138页。

人索要，非法占有人拒不交出，才构成侵占罪，所以，非法占有不等于拒不交出，两者之间还有一段距离。所以，在拾得他人遗失物等场合，非法占有的故意可以发生在持有他人财物之前。

需要注意的是，行为人有了非法占有的故意并不意味着一定成立侵占罪，所以，非法占有的故意产生的时间并不等于侵占罪成立的时间，尽管拒不退还或拒不交出的侵占行为是认定非法占有的故意存在的客观标准，[1] 但也不能以侵占行为产生的时间来认定侵占罪中的非法占有的故意产生的时间。

---

① 参见陈兴良主编：《刑事法判解》，法律出版社 2000 年 4 月版 第 25 页。

第六章 侵占罪的认定

第一节 罪与非罪之界限

一、侵占罪与不当得利的界限

不当得利是指没有法律依据，使他人的利益受到损害而获得的一种不正当利益，它是民法上的一个概念。有学者将不当得利与侵占罪作了如下的区别：①二者非法占有他人财物的故意形成时间不同。侵占罪的行为人在实施侵占行为之前，就产生了非法占有的故意，而不当得利的受益人在取得不正当利益之前，根本没有非法占有他人财物的故意。②二者的行为方式不同。侵占罪的行为人获得财物的方式既可以表现为作为，也可以表现为不作为，但非法占有他人财物这一事实是行为人积极促成的；而不当得利法律事实的出现，是由于受害人的疏忽、过错造成的，收益人获得不当得利是被动的。③行为性质不同。侵占财物是一种犯罪行为，行为人不仅要被追究刑事责任，而且还必须依法承担赔偿的民事责任。而不当得利的行为是一种轻微的民事违法行为，不当得利的受益人只需承担返还

不该获得利益的民事责任。[①] 这种观点只是基于两个概念的抽象比较，没有将不当得利的情形具体化，因而忽视了刑法的明确规定性，因为遗忘物的拾得行为从本质上看也属于不当得利，但刑法明确规定，拒不交出数额较大的遗忘物的，应构成侵占罪，所以笼统地将不当得利划到民事违法行为，只承担民事责任，很显然缺乏充分的法律依据。此外，抽象的去比较两个概念对司法实务无操作上的指导意义。另一种观点虽然将不当得利的情形具体化，认为拒不交出拾得的遗忘物可以构成侵占罪，但拒不交出拾得的遗失物不够成侵占罪，属于不当得利的民事侵权行为，应适用民法。[②] 理由是，根据《民法通则》的规定，拾得他人遗失物的行为应当归还失主，拾得者因此而支出的费用应由失主偿还；根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行)》的规定，拾得者将拾得物（遗失物）据为己有，拒不交出而引起诉讼的，按照侵权之诉处理。这种观点虽然克服了第一种观点的不足之处，但是却没有注意到刑法第 270 条的规定与民法通则的上述规定之间的联系性，也没有注意到刑法对社会关系调整的补充性。还有一种观点认为，刑法上的某些侵占行为是从民法上的不当得利转化而来的，转化的标志是数额是否达到了较大的程度。[③] 这种观点克服了上述两种观点的不足，重视了刑法与民法相关规定的联系性和刑法对社会关系调整的补充性，但从他人之物的数额上也即从量上来区别两者而没从质上去评

① 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版第 650—651 页。

② 黄祥青：《侵占罪若干适用问题探析》，载于《法学评论》1998 年 第 4 期；李世军：《侵占罪浅析》，载于《法学评论》1998 年第 6 期。

③ 参见陈兴良主编：《刑事法判解》，法律出版社 2000 年 4 月版 第 27 页。

价两者之间的不同，不能不说是个美中不足，而且侵占行为从不当得利转化而来是否意味着某些情况下不当得利不复存在了呢？也可能存在这样的问题，侵占罪的立法是否意味着不当得利的民事规定可以取消？

笔者认为，不当得利行为与侵占行为是两个法律性质完全不同的概念，各有其独立存在的意义。虽然民法通则和司法解释规定了不当得利按民事侵权处理，但刑法第270条的规定已将不当得利的某些情形作为“代为保管他人之物”纳入进来，完全符合侵占罪的特征，这种情况下，不当得利并没有消失，只是由于刑法的规定使不当得利返还他人财物的义务具有民事义务和刑事义务的双重属性。当然，如果他人之物的数额没达到较大，权利人只能主张自己的民事权利，只能适用民法，但是在代为保管人拒不交出时也不能否认其行为具有侵占性质，只是没达到犯罪程度而已；而在他人之物数额较大的场合下，即使代管人拒不交出，也不影响权利人主张民事权利，当然也可以行使刑事告诉权。由于新刑法是在民法通则和司法解释之后颁布的，所以刑法第270条的规定使不当得利的返还义务具有了刑事义务的性质，是在原民事义务基础上为加大公私财产的保护力度，发挥刑法的威慑力，刑法对民事关系的调整作了重要补充，追加他人之物的返还义务又具有刑事义务的属性，而没有取消原民事义务，两者既各自独立，又相互衔接。民事义务的保留一是因为民法通则有明确规定；二是给侵权人留有余地，使其能按民事侵权处理并给这种处理留下法律依据，这是因为权利人本身就有过错而产生的最初的民事法律关系，立法者敦促侵权人尽量按民事纠纷返还他人之物，以化解矛盾，从而也体现了从严控制侵占罪的立法意图。刑事义务的补充和

追加一是为了加大公私财产的保护力度，以刑法的威慑力迫使侵权人履行返还义务；二是赋予权利人更大更多的司法救济权供其自由选择。

二、误拿他人之物是否构成侵占罪

误拿他人之物是指行为人误以为是自己之物而拿取并加以事实上的控制的情形。对于误拿他人财物后非法占为己有、数额较大、拒不退还的行为是否构成侵占罪问题，刑法理论界有观点认为，这种行为由于刑法没有规定，根据法无明文规定不为罪的原则，这种行为不构成犯罪。[①] 笔者认为，误拿他人之物属于刑法理论中的认识错误范畴，虽然误拿行为本身阻却了行为人的犯罪故意，不构成犯罪，但是行为人对误拿之物没有所有权，按照物之所有权的要求，行为人具有保管义务和返还义务，具备了“代为保管他人之物”的条件。如果物的数额较大，经权利人索要，行为人仍拒不退还的，完全具备了侵占罪的构成要件，应按侵占罪论处，这完全符合罪刑法定原则的要求。当然，如果行为人误拿他人的抛弃之物，意味着权利人放弃了财物所有权，则行为人不够成侵占罪。

第二节 罪间界限

一、侵占罪与盗窃罪的界限

盗窃罪是指以非法所有为目的，秘密窃取数额较大公私财

① 李世军：《侵占罪浅析》，载于《法学评论》1998年第6期。

物或者多次秘密窃取公私财物的行为。侵占罪与盗窃罪都属于侵犯财产罪，两者有一些相同之处，表现在：(1) 犯罪客体相同，即均侵犯了他人财产所有权；(2) 罪过形式相同，即均是直接故意。但是，两者之间的不同之处是很多的，表现在：(1) 犯罪对象不同。侵占罪的对象仅限于自己持有的他人之动产或不动产以及他人的遗忘物、埋藏物；而盗窃罪的对象仅限于他人持有的动产，相对于行为人而言，若遗忘物遗落于他有权控制的范围内，或者由其发现了埋藏物，则遗忘物、埋藏物不可能成为盗窃的对象。正如国内学者所说，侵占罪之对象是“自己占有他人之物”，而盗窃罪之对象是“他人占有的他人之物”。[1] 台湾学者也认为，侵占罪之对象，本已在行为人持有之中，而盗窃罪的对象，则须行为人之窃取。[2] (2) 客观方面不同。表现在以下几个方面：①对他人之物持有的原因不同，侵占罪非以夺取罪之手段取得他人之物的持有，[3] 而盗窃罪是以窃取之犯罪手段取得他人之物的持有。②侵占罪不以非法据为己有的行为（例如擅自使用、处分等行使所有权的行为）为终结，还必须具有拒不退还或拒不交出的行为为必要；盗窃罪以非法据为己有的行为为终结，不以拒不退还或拒不交出为必要。③侵占行为只能表现为不作为；盗窃行为只能以作为方式实施。④侵占罪的构成要求数额较大；盗窃罪的成立除要求数额较大外，如果多次盗窃，既使未达到数额较大，也不影响盗窃罪的成立。(3) 犯罪主体不同。侵占罪是身份犯，系特殊主

---

① 参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》(下)，北京大学出版社 1985 年版 第945页。

② 参见［台湾］林山田著：《刑法特论》，三民书局 1978 年版 第 290 页。

③ 夺取罪是指盗窃、抢劫、诈骗这类犯罪。参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》(下)，北京大学出版社 1985 年版 第 945 页。

体，除行为人具备16周岁以上具有刑事责任能力以外，还要求行为人是他人之物的的坂人；盗窃罪只能是一般主体。(4)故意的内容不同。侵占罪的故意是意图永久剥夺他人财物的所有权，即返还请求权，以一时的利用为目的而擅自使用他人之物或以毁弃、隐匿为目的而侵犯他人财物使有权、处分权的故意并不是侵占罪的故意；盗窃罪的故意既包括永久剥夺财物所有权即返还请求权的意图，也包括为一时的利用目的而侵犯他人的使用权之意图，或为毁弃、隐匿目的而侵犯他人的处分权之意图。因为在盗窃罪的成立要件中，不以行为人拒不返还盗窃的财物为必要要件。有些情况下盗窃行为人经权利人索要被盗物时，愿意返还被盗物；也有些情况下，行为人为了使用、隐匿（如恋物癖者）而盗窃，但具有返还的意思。由于财物的暂时使用也会给被害人造成重大利益损失的情况，所以，也应当把为一时使用为目的或为毁弃、隐匿的目的作为盗窃罪的意志因素。日本学者认为，以毁弃、隐匿为目的而盗取的行为或者完全排除权利人而暂时使用或使用他人财物伴随着消费价值的，也可以认为具有领得的意思。① 可见，盗窃罪的故意内容比侵占罪复杂。

综上所述，侵占罪与盗窃罪尽管有一些相同之处，但其差异也非常明显，因此，一般情况下不难区分。但在实践中，有些情形极易与盗窃罪发生混淆，主要体现在以下几个方面：

（一）共同持有关系中持有人的确定错误而导致两者之间的混淆。(1) 主从持有关系中持有人的确认。主从持有关系一般体现于雇佣关系，如家庭雇佣保姆、私人作坊雇工、雇佣他

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版第680－681页。

人为自己从事托运等服务关系。在这种关系中确定雇主还是雇工是物的持有人要以雇主与雇工具体的权利义务关系作为判断的标准。例如，雇保姆从事家务服务中，保姆的义务只是做饭、洗衣、打扫卫生，那么，保姆对雇主家里的物品就不具有持有关系；如果保姆的义务还包括当主人外出时负有看护门户之责任，那么，保姆对主人家里的财产就处于持有即代为保管状态。当保姆对主人家里的财物不具有保管义务时，将主人财物非法据为己有的，属于盗窃；当受主人之托看管门户时，将主人财物非法据为己有的，不属于盗窃，但若拒不退还的，属于侵占行为。在受委托从事托运货物的情况，如果雇主没有亲自或委派第三人押运货物，对货物进行督视的，托运人即受雇人对货物是独立持有，若将托运货物非法据为己有，拒不归还的，构成侵占罪。如果雇主亲自或委派第三人押运，对货物的运输进行督视的，雇主或第三人、托运人对物的持有关系如何呢？例如，甲在某商场购买了一台电冰箱，委托给乙用三轮脚踏车将电冰箱运到甲的处所，甲骑自行车在乙的后面跟着，途中，甲口渴，欲到商店里买一瓶汽水喝，乙乘甲脱离督视之机，骑车便逃，将电冰箱藏匿于朋友家中，对朋友谎称是自己买的，过几天来取。甲喝完汽水一出门，发现乙不见了，按路线追了一阵也不见乙的踪影，便报告了派出所。公安人员经侦查，将乙抓住，问乙托运电冰箱之事，对此，乙矢口否认。此案中，持有人的正确确定是区分侵占罪与盗窃罪的关键。对此，学界有两种截然不同的观点。一种观点认为，甲雇乙的车运送电冰箱，自己一直跟随，并未将电冰箱交由乙保管，即电冰箱一直在甲的控制之下，即使甲进店购物，电冰箱仍处于其控制范围之内，乙乘甲离开而将电冰箱拉跑，实为盗窃而非侵

占。[1] 另一种观点认为，在甲进入商店前，确实一直控制着电冰箱，而并未将保管权移交给乙，但在甲进入商店之时，就以默示的方式将保管权转移给了乙，因而乙的行为属侵占。[2] 在我国台湾，也有类似的判例，"甲在乙家佣工，乙遣其赶车赴某处拉运木椿并令其子丙跟随，甲陡起不良，行至中途荒甸无人地方，以丙体弱，迫令下车，即赶车潜逃，是甲赶出之车，甲已依契约归其管有之下，于管有之际，起意赶逃，核其情形，显系侵占。"[3] 笔者认为，自甲将电冰箱放在乙的三轮车之时起，电冰箱已处于乙的持有和保管状态，其依据来自于甲的委托，乙对电冰箱已处于实际上控制状态；由于甲骑车在乙后面督视，并没有放弃对电冰箱的实际控制，因而也是电冰箱的实际控制人，上述情形属于甲、乙两人共同持有。一旦其中一人失去对电冰箱的实际控制，另外一个人便独立持有，哪怕是其中一个瞬间偶然失控，也不影响另外一个人的独立持有，所以，在甲去商店购物的一瞬间，甲事实上已经失去了对电冰箱的实际支配状态，转而由乙独立持有，尽管甲在思想上不想丧失对电冰箱实际控制，但是在行动上已瞬间放弃了对电冰箱的实际控制，因为甲放弃了督视，而督视是甲持有电冰箱的唯一基础，因此，放弃了督视，即意味着放弃了对电冰箱的实际控制。所以，乙在甲去商店购物时将电冰箱拉走逃跑，且拒不退还的，属于侵占而非盗窃。(2) 平等持有关系中持有人的确认。平等持有是指两人以上对他人之物的实际控制，分以下几

---

① 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 329 页。

② 刘志伟：《侵占罪研究》，载于高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》（第 2 卷），法律出版社 1999 年版 第 144 页。

③ 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下），台湾商务印书馆 1990 年版 第 1174 页 案例（四）。

种情况：①对同一物的各自独立持有。例如，甲将仓库的钥匙交由乙、丙各一把，乙、丙两人都能各自独立地用钥匙将仓库门打开，仓库里的货物由乙、丙各自独立持有；任何一人将仓库里的货物非法据为己有，拒不退还的，均构成侵占行为。②对同一物的共同持有。例如，甲将仓库的两把钥匙配给乙、丙各一把，只有两把钥匙同时启用时，仓库门才能打开，任何单独一把钥匙都不能打开仓库门，这就意味着甲委托乙、丙二人共同保管仓库里的财物，任何一个人都不能独立持有仓库里的财物。如果乙、丙中任何一人不经对方同意，而私自取得对方的钥匙打开仓库门取走里面的货物非法据为己有的，属盗窃行为而非侵占；如果乙、丙合谋用各自的钥匙共同打开大门取走仓库里的财物非法据为己有且拒不退还的，属于侵占行为而非盗窃。因此，在此情形中，侵占行为只能由乙、丙两人共同实施。有一种情况值得研究，例如，甲租用乙的两间库房卖轮胎，当时，乙有这两间库房的两把钥匙，但只给甲一把（未向甲说明）。一天，乙碰见了搞汽车运输的丙，丙知道甲租用了乙的库房卖轮胎，遂要求向乙赊三条 900－20 型汽车轮胎，乙说轮胎是甲的，自己无权赊。丙说你帮我弄出来，我给你 2000 元（丙深知该轮胎市场价为 1040 元/条），乙动心，遂答应并商量好乙弄出后由丙扛出。某日晚 12 时许，乙用自己留下的那把钥匙开了库房，将三条 900－20 型轮胎滚到家门口，恰好丙开车赶到，丙将轮胎拉回家，给了乙 2000 元。甲发现仓库里少了三个轮胎而且门锁没有撬动痕迹，便怀疑是甲所为，于是乙向甲索要轮胎，甲矢口否认。此案中，甲私自留下一把钥匙，是否对库房里的财物处于持有状态呢？笔者认为，乙租用甲的两间库房，已对库房拥有控制权，并且无意让他人

对房进行控制；乙也没有委托甲对库房里的货物进行保管，而且也不知道甲还另有一把钥匙，因而也不存在默许甲保管的意思，所以，甲对库房里的货物不是持有关系，擅自拿取乙的轮胎行为属于盗窃而不是侵占。

（二）封缄物之持有。封缄物是指加封条或上锁之物，如将财物放进箱子里上锁后，箱子里的财物就属封缄物。委托人将封缄物交由受托人保管，受托人对封缄物是否属持有关系？例如，某证券公司营业部闭市后，该部国债兑付柜组的职员张某将一天兑付国债所剩余的现金 30 万元锁入密码箱准备入库，当张某提着密码箱去入库时，发现金库未开，便把密码箱放在交割台上委托李某保管，自己去办公室领物。李在看管密码箱时随意摆弄密码转轮竟然打开了密码箱，见箱内有人民币，便产生了占有欲，从中擅自拿取了一捆人民币 5 万元，尔后又锁好密码箱，并按张某之托将密码箱入库。张某在第二天清点款项时，发现少了 5 万元，即报告单位领导，单位领导令其查账，确认少了 5 万元之后让其报案。公安机关抓获张某。本案中，张某对密码箱里的钞票是否具有持有关系是认定其行为性质的关键。关于这个问题，国外刑法理论有争论，如日本刑法学界有肯定说与否定说之争，[1] 我国台湾实务中，认为对箱内之物受托人非处于持有状态，因而将箱内之物非法据为己有的行为属盗窃。[2] 本文在“侵占罪犯罪对象”一节中已进行了分析、论述，认为受托人不仅对箱子本身处于持有关系，而且对箱内之物也处于持有关系，理由不再赘述。

① 参见［日］木村亀二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司 1991 年版 第 723 页。

② 参见［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局 1993 年版 第 341 页。

（三）遗忘物与遗失物的区别对侵占罪与盗窃罪的认定。前文已论及过，遗忘物与遗失物的区别对侵占罪的成立没有实质的影响，但对盗窃罪的认定却有一定影响。遗忘物与遗失物两者都脱离了物主的持有，并且都不属于无主物。区别在于遗失物脱离物主持有时无任何人占有，遗忘物脱离物主持有时即为他人持有，因此，对遗失物而言，任何人的拾得行为都是一种持有行为，不存在盗窃问题。对遗忘物而言，由于脱离物主持有时即被他人持有，所以，对“他人”的确认是区分侵占罪与盗窃罪的关键。所谓他人是指对遗忘物遗落场所有足以控制权的人，即如果物主将物遗忘于他人有权并足以控制的场所，那么，“他人”就是遗忘物的持有人，例如，宾馆的客人将财物遗忘于客房，饭店的客人将财物遗忘于包厢，乘客将财物遗忘于出租车上，那么，宾馆、饭店的管理人员、服务人员及出租车司机就是遗忘物的持有人，这些人拾得遗忘物后非法据为己有，拒不交出的，构成侵占行为。但是，如果有权利进入他人有权控制的场所后发现并拾得遗忘物的第三人是否也属遗忘物的持有人呢？例如，1998 年 5 月的一天，陈某到一小卖部买东西，从衣兜掏钱时，不慎将一张存有 6．5 万余元的活期存单掉在地上。陈走后，随后到来的张某发现了存单。张捡起存单于当日支出 6．5 万元现金。当日下午，陈发现存单丢失，得知款已被取走，遂报案。根据店主提供的线索，公安机关对张某进行讯问，张某矢口否认捡存单之事，后经储蓄所提供的录像证明陈某存款确系张某取走。本案中，店主和张某谁是存单的持有人呢？有观点认为，这种情况下，店主是持有人，意

即张某系非持有人，张某的上述行为属于盗窃。[1] 笔者认为，对遗忘物遗落场所有控制权的人并不一定就是持有人，只有对某场所有控制权的人足以控制遗忘物时，才能作为遗忘物的持有人。所谓足以是指对遗忘物已经达到了事实上支配的程度或者第三人根本不具有合法控制遗忘物的条件，例如，有控制权的人已发现了遗忘物，进入督视状态，或者遗忘物遗落在第三人无权进入的场所，或者遗忘物遗落在私人领地等。所以，如果他人有权控制的场所允许众人逗留、进出、游逛的，在遗忘物未被有权控制人足以控制前，第三人发现并拾得遗忘物的，也是遗忘物的持有人。因为：第一，众人出入的公众场所，使有权控制该场所的人很难对遗忘物进行实际上的控制；事实上，有些场所是第三人也有权控制的，如包租旅馆的客房、饭店的包厢、出租车的空间等是客人花钱后买来的空间占有权，所以，对前位客人遗忘在上述空间的财物，后位客人发现并拾得的，系持有行为。即使是非包租特定空间的场合，只有有权控制某场所的人允许他人进入该空间，他人也有权占居任何一个允许占居的空间，在这个空间内发现并拾得遗忘物的也属于持有人。第二，按社会通行观念，在众人出入的场所，遗忘物的拾得人并没有意识到该遗忘物属于有权控制场所的人对其处于实际控制状态，一般均意识到是对无人控制的遗忘物的拾得，尽管这种拾得有时是乘他人不注意的场合，但也不能认定为盗窃，否则会违反罪刑相适应的原则。综上所述，区分侵占罪与盗窃罪首先要弄清拾得物是遗失物还是遗忘物，其次要弄清遗忘物的真正持有人。

---

① 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 330 页。

（四）遗忘物与遗留物的区别对侵占罪与盗窃罪的认定。与遗忘物不同的是，遗留物尚未脱离物主的实际控制，是物主有意识置放某一地点或虽无意识但仍置于自己直接控制的地点之物。一般情况下，对遗留物置放的位置、状态可以较容易判断，但有些情况下，作出准确判断还要结合具体情况加以分析。例如，甲乘坐火车硬卧，上厕所时没有将放在卧铺上的钱包带上，对面卧铺乘客将钱包取走，装入自己的腰包。这个钱包虽然乘客无意识地置于卧铺上或者说忘记了带上，但仍处于自己直接控制的卧铺上，因而乘客并没丧失对钱包的实际控制，对面乘客的拿取行为属于盗窃。此外，将财物置放于卧铺上忘记带上是遗忘物还是遗留物还要根据乘客有无控制其卧铺的继续性来判断，如果乘客到达目的地下车，说明其不再占有卧铺，那么，忘记带上的财物属遗忘物；如果乘客不下车，说明其继续占有卧铺，那么，忘记带在身上的财物属遗留物。对遗留物的拿取并非法据为己有的行为一般应认定为盗窃。但是，如果拿取者误认为是遗忘物的，该怎么认定呢？这就要看“误认为”有无实际依据，所谓实际依据是指某种认识确有客观情况作为基础并且符合社会通常的观念，例如，在火车的硬座车厢里，乘客从行李架上取下皮箱往另外一节车厢走去，对座的乘客以为拎箱的乘客要下火车，而事实上该乘客拎皮箱去找同车另一车厢的同事，欲把箱子放在同事处。对座乘客忽然发现走离乘客的空席拐角处有一个手提包，认为是拎箱乘客遗忘在此处的，乘其他乘客不注意，将包装入自己的大包内。这种错误认识有实际依据而且符合社会通行观念。这种情况下，虽然手提包是遗留物，尚未脱离物主的实际控制，但由于行为人有实际依据的错误认识，因此，对其将手提包放入自己大包

内的非法据为己有的行为也不能认定为盗窃。相反地，如果上述情形发生在卧铺车厢，情况就不同了。因为乘客下车时，乘务员要提醒他，并且要以车票兑换乘车牌，相邻卧铺乘客一般是清楚的，所以，在上述下车程序没发生前，旅客从行李架拎下皮箱往车厢外走，如果误认为该旅客要下车就缺乏实际依据，而且不符合一般通念。若将其卧铺的东西擅自拿取，非法据为己有，则属盗窃。有一个问题值得注意，即遗忘在自己直接控制的地点怎么理解？所谓直接控制的地点是指该地点属于自己独有并具有排斥他人占居的效力，如果该领地他人也有权占居，那就不属于直接控制的领地。例如，自己将财物放在自行车前筐里，然后又将自行车置放在公众场所，行为人乘无人注意，拿走了车筐里的东西，这种情况下不能认为财物仍在自己自行车车筐里，而没有失去控制，因为财物与自行车并不是一个整体，是分离的，上了锁的自行车表明物主仍直接控制它，但财物并没上锁，而且社会通行观念中也认为置于公众场所自行车车筐里的财物就是遗忘物，而不是遗留物。所以，拿取行为并非法据为己有的行为不是盗窃，若拒不交出的，属于侵占。但也有观点认为上述情形属于盗窃，① 那是因为作者把眼光放在取得遗忘物的行为方式上，即乘人不备，秘密拿取他人遗忘物，进而认定为盗窃行为。判断上述情形是盗窃还是侵占首先要看财物是不是遗忘物，其次行为人是否有实际依据认为是遗忘物，如果是肯定的回答，无论行为人采取什么方式拿取遗忘物，都不能认定为盗窃，因为有的行为人采取公开方式拾得，有的行为人采取隐蔽方式拾得，这与拾得人的心态及拾

---

① 参见陆漫、陈劲松：《"顺走"他人钱款定何罪》，载于《法制日报》1998年10月11日。

得环境有关，这种关联性不是决定拾得行为性质的实质性要素；决定行为性质的实质要素是物的性质以及行为人对物的性质的认识。

（五）对埋藏物的是否偶然发现以及埋藏物是否脱离物主的控制对侵占罪与盗窃罪的认定的影响。一般来讲，行为人对偶然发现埋藏物或埋藏物埋藏地点意味着物主脱离了对埋藏物的持有，对上述两种情形的埋藏物拾得并且非法据为己有的，不属于盗窃罪，如果拾得人拒不交出的，则属侵占行为。但是，以下两种情况对侵占罪与盗窃罪的认定却易造成两者之间的混淆，兹分析之：(1) 如果行为人明知某处有埋藏物而且埋藏物已脱离了物主的持有，这种情况下进行挖掘并将埋藏物据为己有的，是侵占还是盗窃？例如，行为人发现物主正在荒山里埋藏财物，待物主埋好财物走下山时，行为人回家取把铁锹，上山将埋藏物挖掘出来，拿回己家藏匿，意图非法据为己有，其行为的性质是什么？埋藏物的发现是否必须基于偶然？有观点认为，对埋藏物的发现应有条件限制，无意中偶然发现表明行为人取得埋藏物是善意的，如果行为人事先知道埋藏物地点，尔后秘密取得，其主观上出于恶意（非法占有的目的），客观上又实施了秘密窃取之行为，显然不属于合法持有，如果数额较大，应以盗窃罪论处，[1] 也即行为人事前知道某处有他人埋藏物而以非法占有为目的前去挖掘，则只能构成盗窃罪。[2] 另一种观点认为，侵占埋藏物是指行为人已知道是他人的埋藏物，如果根本不知道是谁的埋藏物，应以无主物论，不

① 参见张永生、高劲松：《侵占罪若干问题研析》，载于《河北法学》2001年第2期。

② 参见周少华：《侵占埋藏物犯罪的若干问题探析》，载于《法律科学》1998年 第3期。

够成本罪。[①] 笔者认为，盗窃罪是以非法占有为目的，以秘密方法取得公私财物，数额较大的行为。盗窃罪不仅侵犯他人所有权的积极权能，而且还可能侵犯所有权的消极权能，也就是说，它可以侵犯他人财物的占有权即对财物的实际控制权。问题是，实际控制权必须以对物的实际控制为前提条件，那么，埋藏人对埋藏物是否处于实际控制状态就是挖掘人取得埋藏物的行为是否构成盗窃罪的关键。如果埋藏人对埋藏物已经失去了实际上的控制，那么，挖掘人取得埋藏物行为的本身并没有侵犯埋藏人财物的占有权。上述案例中，由于埋藏人将财物埋藏于荒山之中，而其对荒山无事实上或法律上的控制权，所以，对埋藏物也没有实际上的控制，因为埋藏人不能确保其阻止其他人不会上山从事挖掘活动，并且也无权利这样做。挖掘人无论是偶然发现还是有意识甚至明知而挖掘，与埋藏物脱离埋藏人持有没有因果关系，即不是挖掘人以积极的作为促使埋藏人对物失去持有，所以，挖掘人对埋藏物的挖掘是基于明知还是偶然不能决定挖掘行为的性质，决定挖掘行为性质的是埋藏物是否由于埋藏人自身原因导致对埋藏物的脱离持有。持这种情形为盗窃的观点忽视了挖掘人明知是埋藏物已脱离了埋藏人持有而通过挖掘归自己持有的情形，由于挖掘人已意识到埋藏物脱离了埋藏人持有，所以，挖掘埋藏物归自己持有并没有侵犯埋藏人的占有权，因而不符合盗窃罪之特征。(2) 如果埋藏物埋藏于自己有权控制的范围内，如自家庭院、自留地、承包山、地、田等，他人进行挖掘的，应认定为盗窃罪，因为埋藏人对上述空间的占有具有排他性，从而保障了对埋藏物的实

---

① 参见周其华著：《新刑法罪名适用研究》，中国法制出版社 1997 年版 第 301 页。

际控制。如果埋藏人将埋藏物埋藏于他人有权控制的范围，如他人的庭院、田地里，那么，庭院、田地的主人是埋藏物的持有人，如发现埋藏物并非法据为己有的，不属于盗窃，如果拒不交出的，则属于侵占。如果第三人进入他人庭院挖掘埋藏物的，如何认定呢？这要分两种情况：①若第三人误以为埋藏物是他人庭院主人埋藏的，则其挖掘行为属于盗窃；②若第三人明知埋藏物是物主埋藏于他人庭院，在他人庭院主人没有发现埋藏物之前，第三人前去挖掘的，也属于盗窃，因为他人庭院属私人领地，非众人可自由进出之地，非经主人允许，任何人不得闯入或秘密进入，这种对空间占有的排他性决定了对埋藏物持有的排他性，因而上述情形属于盗窃。

（六）认定人对物的持有与支配关系在有些情形下能否以社会的一般通念来判断。有观点认为，在认定侵占罪与盗窃罪时，判断行为人对物的是否具有持有支配关系应结合社会生活的一般观念，例如，某人遭遇车祸后昏倒在地，其随身携带的财物散露于外，昏迷者对随身之物具有实际控制状态；家庭雇佣的保姆对他人家中财物有看护义务但依据社会通念，家庭主人对财产仍处于实际控制状态；停靠在路边的汽车，依社会通念属于汽车主人或管理人的实际控制状态等等。[①] 笔者认为，动辄社会通念来认定人对物的持有与支配关系有扩大习惯法适用范围之嫌，与罪刑法定原则不符，况且人对物的持有与支配关系依据法律是可以判断和认定的：①法律上的占有与事实上的占有两个不同概念的界限。法律上的占有是一种权利占有，可以对物有实际上的控制状态，也可以脱离对物的实际控制状

① 黄祥青：《侵占罪若干适用问题探析》，载于《法学评论》2000年第4期。

态，而保持对物的法律上的控制权利。事实上的占有是对物的实际控制状态，可以基于法律占有对物进行实际控制，也可以基于无法律上的占有权对物进行实际控制。人因某种非犯罪手段而处于昏迷状态时，说明其已经失去了生理感知状态，由于随身之物散露在权利人（昏迷者）的非具有排他力的地方，虽然权利人对物仍然有法律上的占有权，但是已经失去了对物的实际控制状态，有人明知是昏迷之人的财物而见财起意取其散露之物并不是通过秘密手段进行的，因为秘密手段是指权利人有生理感知状态下其财物就不知不觉地被人取走，秘密手段是相对权利人而言的，而不取决于行为人秘密手段的意识。因此，在这种情况下，取走权利人财物的人用非犯罪方法取得了财物的控制并处于代为保管状态，这种控制并不构成盗窃罪，如果经权利人索要而行为人拒不交出的，应构成侵占罪。当然，如果行为人不明知是昏迷人的财物而误以为是遗失物而拾得并非法占为己有的，则构成侵占罪是顺理成章的事情了。上述观点的欠妥之处就是混淆了法律占有与事实占有之间的界限所致。②家庭雇佣的保姆对他人家庭财产是否处于事实上的控制要看双方当事人约定的权利义务关系的具体内容，如果家庭主人与保姆约定的内容在主人不在家时有保姆看护家庭财产责任的，则保姆取得了对家庭财产的实际控制，因而保姆对家庭财产具有代为保管之义务，保姆趁主人不在家之机拿取主人家中财物并非法占为己有的，不构成盗窃罪，因为，按照权利义务一致的原则，保姆看护家庭财产的义务与主人的财产安全保障权相对应；保姆获得报酬的权利与主人支付费用的义务相对应。如果保姆没尽财产看护义务而导致家庭财产损坏、毁灭、丢失的，保姆有赔偿的责任。所以，保姆要采取必要的措施加

以保护，如紧急状态下妥善安置财产，将财产移置安全的地方等。正是因为这种权利义务关系及责任的存在，保姆才取得了对家庭财产的实际控制。这里有主人对保姆的信任关系的存在，因而属于代为保管他人之物的范围。当然，如果主人在家的情况下，保姆的代为保管义务临时中止，在这种情况下，保姆对家庭财产就失去了事实上的控制转而由主人控制，保姆趁主人不备而拿取家庭财产的，属于盗窃行为。如果双方当事人约定的权利义务的内容仅仅是做饭、洗衣、打扫卫生等，而不包括看护家庭财产，则保姆对家庭财产无代为保管之义务，在这种情况下，保姆趁主人不备而拿取家庭财产的，也属于盗窃行为。③路边停放的汽车、自行车已锁好，意味着处于权利人的实际控制状态；如果权利人因过错没有锁车，由于权利人对停放汽车、自行车的地方没有排他力，又没有处于约定或授权管理人管理状态的，则权利人对汽车、自行车处于失控状态，他人擅自开走的，则不构成盗窃罪。

二、侵占罪与盗掘古文化遗址、古墓葬罪以及盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪的界限

盗掘古文化遗址、古墓葬罪是指盗掘具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬的行为。盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪是指盗掘国家保护的具有科学价值的古人类化石和古脊椎动物化石的行为。侵占罪与上述犯罪的区别有以下几点：(1) 犯罪客体不同，前者侵犯的客体是公私财物所有权；后者侵犯的客体是国家文物管理制度和国家对古文化遗址、古墓葬、古人类化石、古脊椎动物的所有权。(2) 两者客观方面不同。前者是将已处于自己实际控制的公私财物非法据为己

有，拒不交出的行为，是一种不作为，仅有据为己有的意思及其外部表现行为尚不构成侵占行为。后者是将处于国家所有并处于事实上的支配或法律上的支配的国家财产通过秘密的或公开的方式挖掘非法归自己所有的行为，是一种积极的作为。所谓盗掘是指未经国家文化主管部门批准，私自挖掘的行为，可以公开进行，也可以秘密进行。① 一般情况下，古文化遗址、古墓葬、古人类化石及古脊椎动物化石的埋藏点或遗置点是具有显著特征的，很容易辨别。凡是国家发现古文化遗址、古墓葬、古人类化石及古脊椎动物化石的，一般情况下均有警示标记或保护标记，属于国家实际控制也即事实上占有；国家没有发现的，属于国家法律上占有。而普通埋藏物一般脱离了物主的持有。所以，有些情况下，行为人明知某处有埋藏物而进行挖掘的，不是盗窃，如果非法据为己有，拒不交出的，属于侵占行为；行为人明知某处有古文化遗址、古墓葬，或某处有古人类化石及古脊椎动物化石而非法挖掘的，构成盗掘古文化遗址、古墓葬、古人类化石及古脊椎动物化石罪。

实务中，还有一个问题值得研究，即行为人在从事一般挖掘活动中，偶然挖掘出古人类化石或古脊椎动物化石的，怎样认定其行为的性质呢？一般来讲，行为人偶然挖掘出的古人类化石、古脊椎动物化石是国家没有发现的，国家对上述化石仅有法律上的支配关系，而不是事实上的支配关系。由于法律上的支配关系即法律上的占有并不以排斥他人的支配为必要，也即得为他人占有。② 而偶然发现并拾得上述化石是对上述化石

① 周道鸾 张军主编：《刑法罪名精释》，人民法院出版社 1998 年版 第 729 页。

② 参见［台湾］曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局 1993 年版 第 342 页。

的事实上的支配关系，由于这种实际支配不具有刑事违法性，没有侵犯国家对上述化石的占有权，因此，不属盗掘古人类化石、古脊椎动物化石罪，但是，如果行为人将拾得之化石非法据为己有，拒不交出的，属于侵占行为。

三、侵占罪与诈骗罪之界限

侵占罪与诈骗罪都是以他人财物为对象，侵犯他人财物所有权，主观上均出于直接故意，且都以非法将他人财物据为己有为目的，因而两者有一些共同之处。但是两者的区别是非常明显的：(1) 犯罪故意的内容和产生的时间不同。侵占罪的故意内容是明知自己实际控制的财物属于他人财物且拒不退还或拒不交出会使他人财物所有权受到侵犯却希望这种结果发生；诈骗罪的故意内容是明知他人实际控制的财物不属于自己所有却希望通过欺骗手段将他人财物转归自己实际控制。侵占罪的故意可以产生在实际控制他人财物之前，如积极地寻找遗失物，意图将之非法据为己有，也可以产生在实际控制他人财物之后，大多数侵占罪之故意产生于实际控制他人财物之后。诈骗罪的故意必须产生于实际控制他人财物之前。(2) 客观方面不同。侵占罪的客观方面表现为行为人将代为保管的他人财物非法据为己有，数额较大，拒不退还或拒不交出的行为，是一种不作为；诈骗罪的客观方面表现为行为人将他人实际支配的财物通过虚构事实或隐瞒事实真相的手段转归自己非法占有的行为，是一种作为。至于行为人持有他人财物后用欺骗手段维护自己的实际控制，那只是持有他人财物后意图非法据为己有的一种表现，并不表明是用欺骗手段获得他人财物的持有，例如，某妇女骑车在马路上行驶时不慎将包掉在路上却一点也没

有察觉，某甲发现了妇女掉下的包，拾得起来后发现包里有现金5千元及手机、工作证等，刚想骑自行车走掉，某乙赶上前来问某甲拾到的包是谁的，某甲回答说："是我老婆不小心掉在路上的，恰好被我发现了，我得赶紧追她去。"说完，便骑车朝某妇女骑车的方向跑去，骑了一段路，发现没人跟踪他，便骑车回家，将包里的钱和手机非法据为己有，后因用他人手机打电话被邻居告发而案发。本案中，妇女的包是遗失物，已脱离了妇女的持有，某甲捡包行为是一种拾得行为，并负有代为保管和返还义务，本身并不是诈骗犯罪，拾得他人财物后谎称是自己老婆的财物是一种非法据为己有的意思表示，是否构成侵占罪还要看某甲是否拒绝交出，如拒不交出，则构成侵占罪。(3) 侵占罪与诈骗罪的犯罪对象也略有不同。侵占罪的对象仅限于代为保管的他人财物，而诈骗罪的对象则为各种公私财物，没有侵占罪之犯罪对象上的特殊规定。

由于侵占罪和诈骗罪存在上述几个方面的不同，因此一般说来是容易把二者分开的，但有时两者也易发生混淆，表现为以下几个方面：

（一）共同持有中的侵占罪与诈骗罪之区别。这里分两种情况：（1）共有财产的共同持有中的侵占罪与诈骗罪之界限。行为人，如继承人、监护人等，以自己持有的共同不动产，诈称系自己所有或诈称已得到其他共有人的同意，向他人出售该不动产，所得款项自己全部私吞，其他共有人认可买卖合同生效并向其索要份额款项时，行为人拒不给付。这种情况下，行为人针对其他共有人财产权的侵犯构成侵占罪，由于谎称手段并没针对其他共同人使用，因而不存在诈骗问题。如果行为人明知其他共有人不同意出售该不动产，而出售该不动产也不会

生效的情况下，谎称不动产属于自己所有，骗取购买人的信任而从购买人处骗取钱款的，对购买者的财产权的侵犯则构成诈骗罪。（2）他人财产的共同持有中的侵占罪与诈骗罪之区别。他人财产由两人共同持有，但单独一个人却对他人财产不具独立持有，这种情况下，非独立持有人向另一个非独立持有人采用欺诈手段骗取独立持有的，符合诈骗罪之特征。例如，两人持有他人仓库之钥匙，每个人各持一把，但单独一把钥匙不能打开仓库大门，只有两把钥匙同时启用时方可打开仓库大门，其中一个对另一个人说："仓库里有件货物没摆放好，你先吃饭，我进去将它摆好，你把钥匙给我。"骗得钥匙后，欺骗者打开仓库大门，私自拿出一件货物并藏匿于自己衣柜里。后案发。本案中，单个人对仓库里的货物并没处于实际控制状态，因此，一个人对另一个人采用欺诈手段骗取了钥匙，也即骗取了对仓库货物的实际控制，构成诈骗罪。

（二）他人委托代管财物时受托人即产生非法据为己有的意图，是侵占还是诈骗？如果委托人只向受托人表达委托保管的意思但尚未交付财物时，受托人即产生非法所有的意图而同意保管财物的，待货物交付时，受托人构成诈骗，因为受托人向委托人隐瞒了无真心代其保管财物的真相，答应替其保管是一种欺骗行为，以欺骗行为取得了对委托人财物的实际控制。如果委托人将财物交给受托人手中时才表达委托保管的意思时，受托人即产生不法所有之意图，由于是持有在先，不法所有意图在后，所以，当受托人拒不退还保管物时，构成侵占。

（三）代为保管他人存单、支票、提货单等骗取存款、骗购或骗提货物的，是侵占罪还是诈骗罪？在代为保管存单的行为中，行为人是否能够实际支配存款是侵占罪与诈骗罪区别的

关键，而能否实际支配存款又取决于存单的种类。如果是活期存单、到期定期存单而且没有密码，意味着受托人对存款已处于实际控制状态，将款取出，非法归己所有不属诈骗，若拒不退还，构成侵占；如果是加密码的上述存单或未到期定期存单，受托人必须持密码或存款人身份证加上自己身份证才能取得存款，因此，受托人对存款并没处于实际控制状态，若受托人虚假挂失或冒充存款人取存款，则构成诈骗罪。至于用支票、提货单骗购或骗提货物构成何罪关键看所持支票、提货单是否需要其他证明文件、证件、身份才能购物或提货，如果不需要，则说明持有人对货物已处于实际支配状态；如果需要，则说明持有人尚未实际支配货物，进行骗购或骗提货物的，构成诈骗罪。

四、侵占罪与职务侵占罪的界限

职务侵占罪虽然也有“侵占”二字，但与侵占罪中“侵占”含义相差甚远，职务侵占罪中的“侵占”是指公司、企业中的人员利用职务之便侵吞、盗窃、诈骗公司、企业财产等行为。而侵占罪中的“侵占”是指将代为保管的他人财物非法占为已有、拒不退还或拒不交出的行为；前者往往以作为方式完成，后者只能以不作为方式实施。此外，两者犯罪对象虽都是财物但财物的范围不同，侵占罪的犯罪对象不限于公司、企业的财物，而职务侵占罪的犯罪对象仅限于公司、企业财物；两者犯罪主体也不同，侵占罪的主体是持有他人之物的任何人，而职务侵占罪的犯罪主体只能是公司、企业的工作人员。

从理论上界定两者之间的界限不是很困难的，在司法实务中对上述两罪构成要件的理解与认定却绝非易事。这里要注意

两个问题：第一，关于犯罪客体的认定问题，即要搞清楚财产的归属，谁的所有权受到了侵犯。例如，刘某是A公司的采购员，代表A公司与B公司签订了一份买卖棉纱的合同。由于B公司工作人员的疏忽，在往卡车上装棉纱时多装了两包棉纱，刘某在验收货物时发现了B公司多给了两包棉纱，便私下隐匿起来。后来B公司发现了此事，找上门向A公司索要，A公司问刘某有无此事，刘某矢口否认；后来A公司又向刘某多次索要，刘某均予以否认。这个案件中，刘某构成侵占罪还是职务侵占罪，关键看这多运来的两包棉纱的权属以及刘某侵犯了A公司还是B公司的财产所有权，如果侵犯了A公司的财产所有权，则刘某的侵吞行为符合职务侵占罪的特征；如果侵犯了B公司的财产所有权，则刘某构成侵占罪。从法律关系上看，A公司与B公司是棉纱买卖关系的主体，双方建立起民事上的权利义务关系，所以，B公司将棉纱买给的是A公司而不是刘某个人，多发的两包棉纱的收货方也是A公司而不是刘某，因而A公司是两包棉纱的不当得利人和代为保管人，负有返还多给的两包棉纱的义务，如果丢失或毁灭，A公司得向B公司赔偿损失，所以两包棉纱的权属是A公司，刘某侵犯的是A公司的财产所有权，B公司的财产所有权没受到侵犯，因为B公司的财产所有权始终通过其与A公司建立的债权得到救济，并不因两包棉纱的毁灭、丢失而丧失了债权和所有权。上述案例中，如果刘某是个人出资的私营企业的老板，多收B公司误给的两包棉纱，既不够成职务侵占罪也不够成侵占罪，因为刑法没有规定单位可以作为侵占罪的犯罪主体。第二，公司、企业与企业内部的普通职工就公司、企业的财物是否存在代为保管关系。这里有以下几种情况：①在公

司、企业与内部普通职工建立合同关系（除劳动合同以外）的情形下，即使职工在劳动中持有公司、企业的财物（生产资料），也不是代为保管关系，因为公司、企业对财物仍处于实际控制状态，并没有失控。如果职工利用工作之便侵吞公司、企业财物的，视情况可定盗窃罪或诈骗罪。②公司、企业与职工建立承包合同，将公司、企业的财物转给职工使用的，由于两者建立的民事权利义务关系，公司、企业的财物给职工使用是公司、企业所承担的义务，但是所有权并没有转给职工，因而职工对公司、企业转给其使用的财物基于承包合同而持有并有代为保管和返还义务，因合同履行完毕需要返还时，经公司、企业索要仍拒不退还的，符合侵占罪的构成要件。③公司、企业与其内部机构如分公司签订承包合同，将公司、企业的财物转给分支机构的负责人使用，由于分公司没有独立的法人资格，仍属于公司、企业的内部机构，所使用的财物仍属于公司、企业的财物；而且分支机构的负责人是公司、企业任命的，这种情况下，分支机构的负责人利用职务之便将公司、企业的财物侵吞，非法占为己有的，则符合职务侵占罪的构成要件。当然，如果分支机构的负责人是聘任的，由于与公司、企业没有行政隶属关系，因而谈不上利用职务之便的问题。如果分支机构负责人非法占有公司、企业交付给其使用的财物，经公司、企业索要而拒不退还的，则符合侵占罪的构成要件。

五、侵占罪与合同诈骗罪的界限

侵占罪与合同诈骗罪犯罪构成要件的不同是明显的：首先，两者侵犯的犯罪客体是不同的。除财产所有权是两者共同的犯罪客体外，合同诈骗罪还侵犯了社会主义市场经纪秩序。

其次，两者犯罪对象的范围不同，合同诈骗罪的犯罪对象仅限于基于合同而产生的财物且必须是动产；侵占罪的犯罪对象不限于合同取财，基于事实也可以取财，且不以动产为限，包括不动产。最后，两者客观方面的行为表现方式不同，合同诈骗罪既可以以作为方式实施也可以以不作为方式实施，而侵占罪只能以不作为方式实施。

但是在司法实务中常常遇见两者交叉的情形，如在签订、履行合同过程中，行为人收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保物之前、之时没有非法占有之目的而后产生非法占有之目的而逃匿的，按刑法第224条的规定，符合合同诈骗罪的特征；而在不转移财产所有权的合同中，行为人基于合同收受对方当事人的货物、货款、预付款或者担保物的，又符合“将代为保管的他人财物”的特征，如果收受上述财物后又产生了非法占有之目的，数额较大，拒不退还的，又符合侵占罪的特征。当然，合同诈骗罪中，如果行为方式表现为“逃匿”的作为方式实施的，两者之间的界限很明显，因为侵占罪只能以不作为方式来实施。但是当合同诈骗罪的行为人收受对方当事人上述财物后拒不退还的，由于拒不退还比逃匿行为程度还要重，应认为逃匿行为的延伸，当然符合合同诈骗罪的特征，但同时又符合侵占罪的特征，这种情况下属于刑法理论上的法条竞合犯，应择一重罪，自然按合同诈骗罪论处。

值得注意的是，收受对方当事人的上述财物，只是实施逃匿的作为行为就构成了合同诈骗罪，不以拒不退还为必要，而侵占罪以拒不退还为必要，这就意味着立法时已将侵占罪中的一部分情形纳入到合同诈骗罪当中，这样的模糊立法易造成定罪上的混淆，不符合罪刑法定的原则，建议在修改刑法时将两

个完全不同的罪质清晰地规定出来，将第224条第（四）项的规定复归于侵占罪之中，保持侵占罪罪状的独立性和完整性。

第三节　侵占罪既遂和未遂的认定

一、侵占罪既遂的认定

刑法理论界一般认为，犯罪既遂是指实施犯罪行为已经齐备了某一具体犯罪的全部构成要件的情形。是否齐备某一具体犯罪的全部构成要件是区分犯罪既遂和犯罪未遂的标准。由于每一具体犯罪的构成要件的情况不同，犯罪既遂也因罪而异。在结果犯中，法定的犯罪结果的发生是犯罪既遂的标志，如杀人致他人死亡、盗窃将他人实际控制的财物转归为自己实际控制等即属既遂；在行为犯中，以法定的犯罪行为的完成作为既遂的标志，如挪用公款进行非法活动，盗掘古脊椎动物化石的行为已经实施等。财产犯罪大多数是结果犯，那么，侵占罪既遂的标志是以犯罪结果的发生为依据还是以法定的犯罪行为的完成为依据呢？

我国台湾刑法学者一般认为，侵占罪属于即成犯或即时犯，[①] 也有称为行为犯。[②] 认为侵占罪的既遂以不法所有的意思表现于外部行为时，为既遂，不以处分和实际上得到财物为必要。侵占行为完成后，返还财物或事后自认赔偿的，不影响

① 参见［台湾］陈朴生著：《刑法各论》，正中书局1986年版 第335页；刘清波著：《刑法概论》，台湾开明书店1970年版 第219页；林国彬著：《刑法的罪与罚》，书泉出版社1993年版 第227页。
② 参见［台湾］林山田著：《刑法特论》，三民书局1978年版 第299页。

侵占罪的成立；侵占后的处分行为是侵占行为的当然结果，应为侵占行为吸收，不另成罪，例如，侵占他人不动产，伪称自己所有，出卖于他人，不另成诈骗罪。[①] 台湾地区判例也认为："侵占之犯罪行为于其易持有为所有时，即已完成。嗣后仍霸占不交，此不过犯罪结果存续之状态。" "侵占罪系即成犯，凡对自己持有之他人所有物，有变易持有为所有之意思时，即构成犯罪。即使事后将侵占之物设法归还，亦无解于罪名之成立。" "刑法上之侵占罪，以持有人就其持有中之他人所有物，表现其变为所有之意思而成立，不以实际上得到财物为必要条件。上诉人向警员表示为某甲所保管之衣服不存在，愿赔偿台币 120 元时，如已有变更持有为所有之意图，其犯罪行为即达侵占罪之既遂阶段，嗣后交还侵占物于原所有人，于侵占罪之成立，不生影响。"[②]

由于我国刑法第 270 条关于侵占罪的罪状与台湾地区刑法第 335 条规定的侵占罪罪状有所不同，台湾地区刑法要求行为人将持有他人之物变为自己所有的意思表示为既遂，而我国刑法要求将持有他人财物据为己有，拒不退还或拒不交出的才构成侵占罪。因而，台湾地区刑法关于侵占罪既遂的标准不能适用于我国刑法关于侵占罪既遂的标准。

我国刑法中的侵占罪既遂标准是什么呢？这要从侵占罪是行为犯还是结果犯谈起。对此学界有两种观点：第一种观点认为，侵占罪是行为犯而非结果犯。[③] 第二种观点认为，侵占罪

---

① 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下），台湾商务印书馆 1990 年版 第 1173 页。

② 参见［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 740 - 741 页。

③ 参见王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年第 4 期。

是结果犯，以他人告诉前是否给所有人造成财产损失为既遂标准。[①] 笔者认为，第一种观点较为妥当。因为刑法规定的侵占罪是以行为人将持有的他人财产非法据为己有，拒不退还或拒不交出的行为作为成立侵占罪的标准，而不是以非法据为己有的意思表示为标准。拒不退还或拒不交出的行为是构成侵占罪的必要要件，但是从侵占罪的规定上看，给他人造成财产损失并不是构成侵占罪的必要要件，而且，即使给他人财产造成损失，也不一定构成侵占罪，如将他人财物变卖、毁坏等，经权利人索要时，持有人表示愿意赔偿的，也是退还或交出的行为，因而不能认定为侵占罪。当然，拒不退还或拒不交出的行为必然会造成他人财产损失，但是，造成他人财产损失并不意味着拒不赔偿，因此，核心的问题在于是否拒不退还或拒不交出，而拒不退还或拒不交出是一种不作为行为，从而决定了侵占罪是行为犯而不是结果犯。侵占罪的既遂应以持有人法定的拒不退还或者拒不交出的行为的完成人为标准。

二、侵占罪有无未遂

关于这个问题，国外立法例中，有明确规定侵占罪未遂得处罚之的刑法设定，如德国刑法第 246 条、韩国刑法第 359 条等均有未遂犯之规定。但多数国家刑法没有侵占罪未遂犯的规定，如日本、奥地利等。我国台湾地区刑法第 335 条也明确规定了侵占罪的未遂犯，但在刑法理论上关于有无未遂犯却存在积极说和消极说两种对立的学说。积极说认为，以侵占行为已

① 参见刘志伟：《侵占罪研究》，载于高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》，(第 2 卷) 法律出版社 1999 年版 第 148 页；赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 333 页。

否完成为区别侵占罪既遂、未遂的标准；消极说认为，以侵占罪之性质上不容有未遂之存在，其理由不外：(1) 有表示化持有为所有意思之行为，即为既遂，故难以想象其未遂之状态。(2) 以外部行为表现其取得意思时，即为既遂。(3) 有不法取得意思之发动，即为既遂；其处分侵占物之行为，皆为侵占后之行为。(4) 侵占罪为表示犯，行为达于确实之表示阶段，即为既遂。(5) 侵占罪于处分行为完成时即已成立，无承认未遂之余地。[①] 台湾学者陈朴生、曾荣振、刘清波、蔡墩铭、孙德耕、赵琛、王振兴等持积极说；林山田、吕有文、陈和慧等持消极说。由于台湾地区刑法已明确规定了侵占罪的未遂犯，加上其侵占罪的成立以非法据为己有的意思表示为必要，要意思表示行为已着手实施但尚未完成的情况下，确已存在侵占罪未遂问题。但是，由于我国刑法中的侵占罪是以拒不退还或拒不交出为必要，仅有非法据为己有的意思表示尚不构成侵占罪，因此，台湾刑法中侵占罪未遂的规定及理论不能为我国刑法侵占罪的未遂判断所适用。

我国刑法中的侵占罪有无未遂呢？回答这个问题之前，首先要搞清楚侵占罪是行为犯还是结果犯。有观点认为，侵占罪应是结果犯。[②] 另有观点认为，侵占罪属于行为犯。[③] 笔者赞同后一种观点，因为他人之物已经通过非犯罪手段处于行为人的实际控制中，这种控制的结果并非犯罪结果，只有行为人实

---

① 参见［台湾］蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984 年版 第 740 页。

② 参见黄太云等主编：《中华人民共和国刑法释义与适用指南》，红旗出版社 1997 年版第 6 页；刘志伟：《侵占罪研究》，载于高铭暄，赵秉志主编：《刑法论丛》（第 2 卷），法律出版社第 150 页。

③ 参见王光华、刘锁民：《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年第 4 期。

施拒不退还的行为才构成犯罪，因而侵占罪是以完成法定的犯罪行为为既遂的犯罪，属于行为犯。刑法理论界关于行为犯的界定有四种学说：一是客体不确定说。该学说认为，依据是否要求对犯罪客体的现实侵害而对行为犯所进行的划分，分为纯正行为犯和不纯正行为犯：纯正行为犯是指不会给犯罪客体造成现实侵害的犯罪；不纯正行为犯是指对非物质性犯罪客体的侵害的犯罪。① 二是犯罪既遂说，即从犯罪既遂角度解释行为犯，认为只要实施刑法分则规定的危害行为就成立既遂的犯罪。② 三是犯罪成立说，即从法律规定的犯罪构成或法律条文本身的规定看，如果条文没有规定出特定的犯罪结果，只规定出危害行为，那就是行为犯。③ 四是法益危险说，即行为犯作为刑法分则中以作为对法益造成的危险为实质处罚根据的构成要件类型，具体包括阴谋犯、举动犯、危险犯。④ 上述四种学说中，笔者以犯罪既遂说作为认定行为犯的标准。由于我国刑法中的侵占罪以拒不退还或拒不交出行为为必要，以作为方式不能构成侵占罪，因而，侵占罪又属于纯正不作为犯，以法定的拒不退还或拒不交出行为的实施与完成作为既遂的犯罪。那么，侵占罪作为纯正不作为犯有无犯罪未遂呢？对此，我国刑法学界存在两种观点：一种观点认为，侵占罪不存在犯罪未遂。⑤ 另一种观点认为，侵占罪存在犯罪未遂，具体分为两种

---

① 参见李洁著：《犯罪既遂形态研究》，吉林大学出版社 1999 年 12 月版第 282 页。
② 参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版第 169 页。
③ 参见张明楷著：《犯罪论原理》，武汉大学出版社 1992 年版第 517 页。
④ 参见刘树德著：《行为犯研究》，中国政法大学出版社 2000 年 2 月版第 63 页。
⑤ 参见丁慕英等主编：《刑法实施中的重点难点问题研究》，法律出版社 1998 年版 第 780 页；王新平：《论非法占有他人财产罪》，载于《律师世界》1998 年 第 8 期。

情形：一是结果犯犯罪未遂；[①] 一是行为犯犯罪未遂。[②] 笔者同意第一种观点。因为，侵占罪虽是行为犯，但属于纯正不作为犯。当行为人拒不退还或拒不交出时，犯罪即告既遂。而在实施拒不退还或拒不交出的不作为之前，则行为人不构成任何犯罪，不存在以作为方式着手，以不作为方式完成的问题。所谓侵占罪的着手是指他人财物持有人开始实施侵占罪客观方面要件的行为，而侵占罪的客观方面构成要件是指应当履行返还义务而拒绝履行该义务的不作为行为，即拒不退还或拒不交出的行为，而不是指持有人的非法占有行为，在拒绝履行返还义务前的一切擅自处分持有财物行为均不能说明侵占罪之成立，也不能把非法占有行为如擅自使用、收益、处分持有财物并不意味着持有人一定会拒绝履行返还义务，因而两者之间并不存在内在的、必然的联系。当然，侵占罪的着手更不能从他人财物的持有行为作为开始点。而一旦行为人着手于拒不退还或拒不交出的行为，侵占罪即为既遂状态，因此，侵占罪不存在未遂问题。

值得探讨的是，持有人对非法据为已有的财物在数额大小方面存在错误认识能否作为侵占罪之未遂？有观点认为，我国刑法对侵占罪有“数额较大”的要求，而数额较大不仅指实际数额，也包括主观上意图非法占有的数额，因此，行为人主观上意图非法占有的数额大于实际数额时，就存在未遂情况，例如甲托乙保管一个宋代花瓶，乙误以为该花瓶为真品，价值数万，因此，待甲讨还时，乙谎称不小心打碎了，并拒绝赔偿，

① 参见高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》（第2卷），法律出版社 1999 年版第150页。

② 参见张永生、高劲松：《侵占罪若干问题研析》，载于《河北法学》2001年第2期。

甲无奈告发，后经查明，该花瓶乃仿制品，价值仅数十元。该案中乙的侵占行为显属未遂。[①] 笔者认为，行为人对犯罪对象存在错误认识和对犯罪对象的价值存在错误认识完全是不同的概念，对象认识错误会导致行为性质发生变化，如错把死人当活人杀害等，但对象价值认识上错误不会影响侵占行为的成立，只是数额较大的，构成侵占罪而已。但是，数额较大是决定是否构成侵占罪的必要标准，而不是作为衡量是否未遂的标准，因为，数额较大是构成犯罪的必要条件，而犯罪未遂则是必须具备某一犯罪的全部必要要件基础上缺少其他不必要要件的情况下才构成，所以，对数额大小错误认识只能说明其是否构成犯罪，而不能说明其是否构成犯罪未遂，此为理由之一。此外，数额较大是一个客观的、法律的标准，不以行为人的意志为转移，而应以犯罪的实际数额来认定，这样对行为人是公平的。如果行为人把小数额误以为大数额加以侵占构成侵占罪（未遂）的话，那么，能否把行为人把大数额误以为小数额加以侵占说成是无罪行为呢？显然不能。因而，数额大小的认定不能寄托在行为人的认识上，而只能以法律标准来衡量。更何况，在持有人拒绝返还财物之前，还有个告诉阶段对财物价值的确认阶段，因而，在持有人作出拒绝返还财物决定之前，对财物的实际价值有明知的机会，一般不会有认识上的错误，此为理由之二。综上所述，对财物价值的错误认识不会产生侵占罪未遂问题。

---

① 参见高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》（第2卷），法律出版社1999年版第151页。

第四节　侵占罪的罪数形态

一、侵占罪的一罪与数罪的标准

关于侵占罪一罪与数罪的标准问题，我国台湾地区和我国大陆学者对此有不同的观点。台湾刑法理论中有以下几种学说：(1) 委托关系说，以构成持有关系之委托行为，以定其罪数，如系一个委托行为，行为人将持有中之他人之物，以数个行为侵占，或一个委托行为，物之所有权人有数个，以一个行为侵占之，均成立一罪。(2) 行为说，以侵占行为之个数定其罪数，无论其委托关系一个或数个。(3) 所有人说，以侵占行为所侵占之财产法益被害人之人数，以定其罪数。① 但也有学者认为，以构成要件之数以定侵占罪之罪数。② 台湾实务中采行为说。③

我国大陆也有观点认为，基于委托关系，对物的所有权进行一次侵害就是一罪。④ 笔者认为，以委托关系的个数来确定侵占罪的个数不能准确说明侵占罪的罪数形态，因为持有人完全可以基于一个犯罪故意，实施一个侵占行为将全部受托财物非法据为己有，拒不退还给任何委托人，那么，按犯罪构成的理论，持有人只能构成一罪而不是数罪。以被害人个数确定侵

---

① 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下），台湾商务印书馆发行 1990 年版 第 1170－1171 页。
② 参见［台湾］蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局 1995 年版 第 200 页。
③ 参见［台湾］林国彬著：《刑法的罪与罚》，书泉出版社 1993 年版 第 228 页。
④ 参见朱小林、龚举文：《对侵占罪与贪污罪的探讨》，载于《律师世界》1998 年第 5 期。

占罪的个数同样存在上述问题，因为，被害人的个数往往反映了委托关系的个数。以行为个数确定侵占罪个数也存在缺陷，因为它忽视了行为人故意的个数，如果行为人基于同一的或概括的犯罪故意，实施数个侵占行为，触犯同一罪名即侵占罪的，在刑法理论上是连续犯，只能构成一罪。综上所述，根据刑法理论的通说，侵占罪之罪数标准只能以犯罪构成的个数为标准。①

值得提出的是，刑法对某些涉及到数额较大才构成犯罪的罪名规定了这些犯罪未经处理的，数额累计计算，如毒品、盗窃、贪污等犯罪，这实际上等于否定了同种数罪；抢劫罪达多次的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑，也否定了同种数罪，因为未经处理的上述犯罪与案发时所犯同种罪名可以是两个故意和两个行为产生的，彼此没有同一的或概括的意思联系，因而完全是两个或以上彼此独立的同种犯罪，但是，按刑法和相关司法解释，数额累计计算等于按一罪依据累计的数额以相对应的刑罚幅度来处刑，因此，等于否定不用数罪并罚，因而否定了同种数罪。那么，侵占罪作为财产犯罪也涉及到数额较大构成犯罪问题，以前未经处理的，其数额是否累计计算即是否存在同种数罪呢？回答是肯定的。因为，第一，刑法和司法解释都没有规定侵占罪未经处理的，数额累计计算，从罪刑法定的原则角度看，应当存在同种侵占罪数罪。第二，侵占罪是自诉案件，一般地讲，每一位受害人在财产权受侵犯时都不会置之不理，而且会分别行使告诉权，由于地域的不同、持有他人财物的原因不同，所以，人民法院不可能将每一

① 参见高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社1989年版 第248页。

个侵占行为合并审理，因而不会发生侵占数额累计计算问题。

二、侵占罪中的牵连犯、连续犯、想象竞合犯、法条竞合、吸收犯、连续犯问题

（一）侵占罪与牵连犯

牵连犯是指以实施某一犯罪为目的，而其犯罪的方法或犯罪的结果又触犯了其他罪名的犯罪。侵占罪中的牵连犯多发生于明知赃物而代为保管也即持有，尔后拒不退还于真正所有人的情形中，对此，台湾地区和大陆有学者持肯定的观点。[①] 但日本学者小野清一郎认为，明知赃物而代为保管，又加以侵占的，只构成窝赃罪，而不另成立侵占罪，此乃法条竞合之一种。[②] 笔者认为，上述情形仍存在侵占罪与窝赃罪之间的牵连关系。例如，甲将盗窃的数额较大的财物委托乙保管，并叮嘱乙任何人来索要都不能交出，乙明知赃物而予以保管，后甲案发被抓获，供出赃物在乙处保管，经讯问乙，乙矢口否认窝赃事实。后查明，乙已将赃物消费，所有人要求其赔偿相应损失，乙拒绝赔偿。本案中，窝赃的故意和行为都具备，符合窝赃罪之构成要件；同时，赃物所有权不属于乙，乙对持有的赃物负有保管的返还义务，因而非法据为己有，拒不退还的行为，又符合侵占罪之特征。乙是以侵占为目的，而其侵占行为的方法行为则触犯了窝赃罪，侵占行为与窝赃行为是在同一个

---

① 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下），台湾商务印书馆发行1990年版 第1168页；王作富：《略论侵占罪的几个问题》，载于《法学杂志》1998年第1期。

② 转引自［台湾］陈朴生：《论侵占罪之持有关系》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司 1984年版 第774页。

犯罪目的指导下有内在的联系性，属于牵连关系，因而应择一重罪处断。值得注意的是，将代为保管的赃物非法据为己有，拒不退还而构成窝赃罪和侵占罪，并不是两者在任何情况下两者都属牵连关系，而应视其侵占犯意起于何时，来决定是牵连犯还是数罪。例如，甲将盗窃的数额较大的财物委托乙保管，乙明知是盗赃而予以保管，如果乙对甲言明其代为保管的赃物归己所有，甲表示同意，则侵占故意产生于对赃物的持有之前，应属于以侵占为目的，窝赃是侵占目的的行为的方法行为，两者属于牵连犯；如果乙是在持有赃物之后，临时起意，欲非法占有赃物，且谁来索要都拒不退还的，后经所有权人索要，乙拒不退还的，则属于窝赃罪和侵占罪数罪，因为两者之间不存在牵连关系，不是在一个犯罪目的的支配下的两个牵连行为，而是由各自犯罪故意支配下的两个行为，符合两个犯罪构成。

实践中，也可能出现这样的情形，即受托人在接受委托保管他人财物时，不知道所保管的财物是赃物，便产生非法据为己有的意图，当被告知该财物是赃物时，受托人仍置之不顾，决意非法据为己有，经原所有权人索要时，其拒不退还，这种情况下是否属牵连犯？由于这种情况下，受托人以实施侵占的目的，其目的行为是拒不退还赃物的不作为行为，同时，明知赃物而持有行为作为实现不作为的侵占行为的方法行为，对赃物的实际控制是实现侵占目的手段，而这种控制行为本身又触犯了窝赃罪，显然是一个目的指导下的两个互为内在联系的行为，符合牵连犯的特征。

理论界对行为人参与行贿犯罪，并管理用于犯罪的财物，乘机将持有的贿赂款非法据为己有，拒不退还的情形如何认

定，存在不同的认识。台湾学者与实务中认为，甲乙为同一机关有审判职务之公务员，丙因委托丁向甲行贿，甲以该案系由乙主办，允代向乙请托；丁交款后，甲据为己有，并未交乙，亦未向乙说明，假设甲之允为请托，并非虚伪，仅于丁交款后起意据为己有，即属侵占行为。[①] 大陆有学者认为，行为人参与贿赂并管理用于犯罪的财物，乘机加以侵占的，属于贿赂罪，一般不定侵占罪。[②] 笔者认为，代他人行贿，如果在持有贿款之前没有侵吞贿款的意图，而是在持有贿款以后临时产生侵吞贿款的意图，经国家司法机关追赃，代为行贿人拒不退还的，应构成行贿罪（中止）和侵占罪两罪，而不单是其中一罪。但这两罪之间不存在牵连关系。

代为保管毒品而非法据为己有，拒不退还给国家司法机关的行为有否牵连问题？对此，台湾学者认为，将他人非法委托保管的吗啡，非法据为己有，应成立持有毒品罪和侵占罪，在一定条件下，两者存在牵连关系。[③] 笔者认为，毒品不具有财产性质，国家从未曾对毒品明码标价，因而不涉及到财产所有权问题，从而也不能作为侵占罪之对象。如果毒品具有财产性质，则两者之间牵连关系之存在是可能的。

拾得手机后又盗打电话的，是否属牵连犯？拾得手机后又盗打电话的行为一般发生在失主索要手机之前进行的，所以，盗打电话行为发生在可能存在的侵占罪之前，而持有手机并不等于持有失主的电话费，因此，盗打手机行为根据刑法第265

① 参见［台湾］陈和慧：《论侵占罪》，载于蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五南图书出版公司1984年版 第739－740页。
② 参见丁慕英等主编：《刑法实施中的重点难点问题研究》，法律出版社1998年版 第778页。
③ 参见［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆发行1990年版 第1168页。

条的规定，如果数额较大的，构成盗窃罪。当失主索要手机时，持有人拒不交出的，又构成独立的侵占罪；如果交出的，则不构成侵占罪，所以，盗窃罪与侵占罪分别由两个故意和两个行为产生，而且不是在一个犯罪目的指导下的两个彼此有牵连关系的犯罪行为，因而属于数罪，不是牵连犯。

（二）侵占罪与连续犯

连续犯是指基于同一的或者概括的犯罪故意，连续数次实施犯罪行为而触犯同种罪名的犯罪。在日本和我国台湾刑法理论中，对侵占罪中的连续犯是认同的。① 认为基于一个委托关系而持有他人之物，其先后侵占行为应以连续犯论，例如，甲因无因管理乙的柴油3桶收存于自己仓库中，竟违反管理人应负之责任，擅取其中一桶柴油作为耕耘机之燃料，加以耗费，显其不法所有之意思为事实上之处分，构成侵占罪。其后，甲又将所余2桶柴油埋入地中视为自己耕耘机之燃料，托人告知乙该柴油失窃，自行以不法所有之犯意，易持有为所有，仍成立侵占罪。甲之两次侵占柴油，系基于概括之犯意为之，犯罪构成要件相同，为连续犯，论以一罪。② 由于日本及我国台湾刑法中的侵占罪是以将他人之物非法据为己有为既遂标准，而不以拒不退还为必要，因此，上述案例中确属连续犯。但是，我国刑法中的侵占罪是以拒不退还为既遂标准，因此，日本及我国台湾刑法中侵占罪之连续犯理论并不完全适用于我国刑法中的侵占罪。

---

① 参见［日］泷川幸辰：《窃盗及侵占罪与连续犯》，载于《日本刑法判例评释选集》洪福曾译，汉林出版社1977年版 第176页；［台湾］褚剑鸿著：《刑法分则释论》（下册），台湾商务印书馆发行1990年版 第1171页。

② 参见［台湾］梁恒昌主编：《刑法实例研究》，五南图书出版有限公司1982年版 第378页。

我国刑法中的侵占罪是否存在连续犯呢？笔者认为，对此不能一概而论。在基于一个委托关系或一个持有他人财物的依据的情形中，侵占罪不存在连续犯。因为，侵占罪是以物之所有人向持有人索要财物时，持有人拒不退还或拒不交出的行为为构成要件的，所有人不会对自己的财物分次索要；即使因合同关系索要一部分财物，持有人拒不退还的，所有人也绝不会因这一部分财物对持有人提起侵占罪之告诉，而会把全部财物的不退还作为对持有人提起侵占罪之告诉，因而不会提供给持有人犯数个独立侵占罪的机会，而连续犯的要件之一必须是连续实施数个独立的犯罪行为，因此，侵占罪不可能存在连续犯。持有人可以基于概括的或同一的故意，将自己持有的他人财物分批予非法处置，也可以分批加以非法占有的故意，但这些举动只是非法据为己有的意思的外部表现，每一次举动由于不具备权利人索要拒不退还或拒不交出的情形，因此不构成侵占罪。从而决定了不具备连续犯之要件。

在基于数个委托关系的情形中，侵占罪就可能存在连续犯之现象。例如，甲、乙、丙分别委托丁保管财物，丁在持有他们财物后，基于同一或概括的故意分别将他们财物非法据为己有，经甲、乙、丙分别索要时，丁均拒不退还，由于委托关系的个数不决定侵占罪的罪数，因而上述案例中，丁不构成数罪，但这不等于说每个拒不退还的行为不是独立的犯罪，在同一或概括的故意下，数个独立的侵占罪是连续发生的，因而符合连续犯之特征。

（三）侵占罪与想象竞合犯及法条竞合

想象竞合犯是指行为人基于一个故意或过失，实施一个犯罪行为，同时触犯数个罪名的犯罪。我国刑法中的侵占罪是否

存在想象竞合犯之情形？对此，国内有观点认为，如果侵占遗忘物、埋藏物同时又触犯其他罪名的，则按想象竞合犯从一重罪处罚。[①] 笔者认为，我国刑法中的侵占罪不存在想象竞合犯。从理论上讲，侵占罪是一种不作为犯罪，以这种不作为行为同时触犯两个以上的罪名就要求除侵占罪外，另外的罪名也须由不作为产生，如果另外的罪名由作为行为产生，则具备了两个行为，因而不符合想象竞合犯之特征。从可能伴随侵占罪产生的其他犯罪来看，都要求以作为方式来实施，如窝赃、销赃、盗掘古文化遗址、古墓葬、盗掘古人类化石、古脊椎动物化石等犯罪均要求以作为行为完成。很难想象伴随侵占罪这种不作为犯罪会同时产生其他不作为犯罪。

法条竞合是指一个犯罪行为同时触犯两个法律条文，其中一个法律条文包含在另一个法律条文的内容中。在日本刑法中，侵占罪与违背任务罪存在法条竞合现象。[②] 在我国刑法中，背信罪或违背任务罪是没有规定的罪名，但是，在刑法的其他条文中可以找到能够包含侵占罪内容的条文，也可以找到侵占罪所能包含其他犯罪的条文，如前所述的合同诈骗罪与本罪的法条竞合。因此，侵占罪存在法条竞合问题。

（四）侵占罪与继续犯、状态犯

台湾学者认为，侵占罪具有即成犯及状态犯之两重性质。[③] 笔者对此表示赞同。我国刑法中的侵占罪是行为犯，在完成法定的犯罪行为后，侵占罪即为既遂。既遂后对侵占物的

① 参见党燕：《侵占遗忘物、埋藏物罪初探》，载于《法制日报》1997年3月22日。

② 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版 第727页。

③ 参见［台湾］洪福增著：《刑法判解研究》，刑事法杂志社 1962年版 第400页。

非法据为己有状态是不法状态的继续，但不是侵占行为的继续。由于继续犯要求犯罪行为在一定时间处于继续状态，所以，侵占罪不符合继续犯的要求。

状态犯是指犯罪完成后，由于犯罪而成立的违法状态仍处于继续状态的情形，也就是说，由于发生侵犯了所有权，而犯罪事实也即终了；虽然侵犯他人所有权的状态仍在继续，但只是状态之继续，不是犯罪构成要件也即犯罪事实之继续。至于事后之违法状态，已评价于犯罪构成要件之中，不另构成他罪。因而与继续犯显然不同。侵占罪是以侵占自己持有他人财物为构成要件，所以，当齐备此构成要件时，侵占行为即已完成，就此情形而言，侵占罪为行为犯。侵占行为完成后，其违法状态即不法取得他人财物状态仍在继续，这种状态是侵占行为性质的当然结果，不能认为是侵占行为在继续，因而属于状态犯。

第五节　侵占罪之共同犯罪

共同犯罪是指两人以上共同故意的犯罪。侵占罪之主体为身份犯，所以，两个以上具有特殊身份即他人财物的持有人或具有特殊身份的人与不具有特殊身份的人共同侵占他人财物的，为侵占罪之共同犯罪。关于侵占罪之共同犯罪有以下几个问题需要探讨：

一、侵占罪的共同犯罪种类

根据对他人财物的持有关系、持有之依据以及犯罪对象的不同，可对侵占罪之共同犯罪作如下分类：

（一）根据持有关系的不同，侵占罪可分共同持有之共犯和非共同持有之共犯。共同持有之共犯是指两个以上犯罪主体都是他人财物的持有者，都有特定身份，例如，甲委托乙、丙两人代为保管其财物，无论乙、丙两人是各自独立持有还是各自不独立持有只有两人合并一起才独立持有（如前所述两人各持一把仓库钥匙，单独一把钥匙打不开仓库大门，只有同时启用两把钥匙才能打开仓库大门就属于此情形），只要共同持有人有共同的侵占他人财物的意思联络，实施共同的侵占行为，就构成共同持有之共同犯罪。非共同持有之共犯是指非他人财物持有人教唆、帮助他人财物持有人一同实施侵占他人财物之犯罪。但是，如果他人财物持有人是未达 16 周岁以上或不具有刑事责任能力的人，非持有人教唆、帮助其实施侵占行为的，由于持有人不具备犯罪主体资格，因而非持有人教唆、帮助这种持有人侵占他人财物的，不构成侵占罪之共犯，但是对教唆者、帮助者而言，在刑法理论上称他们为间接实行犯，仍以侵占罪追究其刑事责任。

（二）根据持有他人财物依据的不同，分为委托关系中的共同侵占和非委托关系的共同侵占。委托关系中的共同侵占是指持有人依据委托关系而持有他人之物后，与其他持有人或在非持有人教唆、帮助下共同实施侵占委托财物的情形。非委托关系的共同侵占是指持有人依据非委托关系如事实行为、无因管理、不法行为等而持有他人之物后，与其他持有人（如共同拾得遗忘物人、共同发现埋藏物人等）或在非持有人教唆、帮助下共同实施侵占行为的情形。持有人在持有盗赃时，盗窃犯教唆其侵占的，由于盗窃犯在犯罪既遂后不法处置赃物是盗窃行为的当然结果，不另成罪，所以，盗窃犯将盗赃交给受托人

即持有人时教唆其不管谁来索要均不能交出的行为是一种不法处置赃物的行为，因而与持有赃物之人不构成共同侵占；持有人非法将财物据为己有的或为第三人所有的，经权利人索要拒不退还的，构成单独之侵占罪。

二、认定侵占罪的共同犯罪须注意的几个问题

（一）关于共同侵占犯罪的故意内容问题。由于侵占罪是以持有他人财物拒不退还或拒不交出为必要，因此，共同故意的内容要在意识因素和意志因素方面有一致的意思表示，其核心要有共同的拒不退还或拒不交出的故意，如果共同持有人或持有人与非持有人在故意内容方面不一致也不能称之为共同侵占罪。例如，甲因合同关系而持有他人质物，约定不能擅自使用或处置质物，乙教唆、帮助甲将质物去做其他质押或擅自耗损质物故意减降其价值，由于两者故意的内容仅停留在以所有人之身份擅自处分质物上，并没有将质物永久脱离所有人，非法归己所有，拒不退还的故意，因而不构成共同侵占罪。此外，拒不退还的共同故意必须明确，不能以非法据为己有的故意混淆于拒不退还之故意，两种故意的性质不同。例如，甲拾得他人遗忘物后，乙得知便教唆甲将遗忘物藏匿起来，到此，故意的内容仅停留在非法据为己有的意图上，尚不构成侵占罪之故意，也不能说明其有永久剥夺他人物的返还请求权之故意，因此，也不构成侵占罪之共同犯罪。如果乙明确告诉甲，谁来索要都不能交出，甲按乙的授意待权利人上门索要时矢口否认拾得遗忘物之事实，这种情况下，甲、乙两人的故意统一于拒不退还或拒不交出上，因而构成侵占罪之共犯。

（二）侵占罪之共同故意必须在侵占罪既遂前形成。日本

有判例认为，甲将代为保管的他人证券从柜里取出意图非法据为己有，然后欲拿证券进行质押，要求乙帮忙，乙得知上述情形后表示愿意帮助质押，这种情况下，甲、乙两人为侵占罪之共同正犯，但日本学者认为不是共同正犯，而是乙系帮助犯，系从犯。[①] 由于日本刑法中的侵占罪既遂是以不法取得自己持有他人之物而成立，因此，甲从柜里取出证券非法据为己有已成既遂，乙在甲既遂之后与甲就侵占之物进行非法处置已不再是侵占行为的延续，因此，甲、乙既不是侵占罪的共同正犯，也不是侵占罪的帮助犯。我国刑法中的侵占罪是以拒不退还或拒不交出为既遂标志，凡在此之前的侵占行为的意思联络均属侵占罪之共同故意，教唆、帮助行为也只有在此之前进行才能形成侵占罪之共同犯罪。在持有人犯罪既遂之后，帮助隐藏、销售侵占之物的，帮助者单独构成窝赃或销赃罪。

① 参见［日］泷川幸辰：《侵占罪之既遂与其后之侵占行为》，载于《日本刑法判例译释选集》，洪福增译，汉林出版社 1977 年版 第 207 页。

第七章　侵占罪的处罚与告诉形式

刑法第270条规定，犯侵占罪，数额较大的，处2年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大的或者有其他严重情节的，处2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。犯本罪，告诉才处理。由于目前对“数额较大”、“其他严重情节”、“数额巨大”尚无司法解释，有必要进行理论上之探讨；鉴于侵占罪属告诉才处理，而其告诉形式又存在不易操作等缺欠，因而如何对缺欠进行补救也成为亟待解决的问题。

第一节　数额较大或巨大之标准

侵占罪属财产犯罪，其社会危害性的大小主要通过侵占行为给他人财物造成的实际损失来表现的，而实际损失是通过数额大小来衡量的。数额大小不仅决定侵占罪的成立，而且也决定侵占罪刑罚的轻重。刑法第270条根据侵占数额将侵占罪划分两个刑罚幅度，即数额较大的，处2年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大的或者有其他严重情节的，处2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。但是，由于侵占罪中的“数额较大、数额巨大”尚无司法解释，所以，在司法解释出台之前，应从合理角度确定其标准。我国地域辽阔，各个地区的经济发展现状和人民群众的生活水平有所差异，加之不断发展变化，同样的数额在不同地区的实际危害程度各不相同，因此，数额

较大或数额巨大不宜规定一个固定的十分确定的数额而应当有一个上下幅度，在此幅度内，人民法院根据本地区的实际情况确定具体数额。学界有观点认为，侵占罪之数额较大应参照盗窃罪的起点数额为宜。① 但也有观点认为，侵占罪之数额较大可以高于盗窃罪的起点数额。② 笔者认为，后一种观点是妥当的。因为侵占罪与盗窃罪在客观方面存在很大差异，主观恶性也较盗窃罪小，表现在行为人并没有采取犯罪手段对他人持有中的财物转归自己实际控制，而是在实施侵占行为时他人财物已处在自己的实际控制中。因此，侵占罪之数额较大应当高于盗窃罪之数额较大。笔者认为，侵占罪的数额较大、数额巨大应根据最高人民法院《关于办理违反公司法、受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》中关于职务侵占的数额规定，对侵占罪的数额较大一般可以 5 千元至 2 万元为标准；数额巨大一般可以 5 万元至 10 万元为标准。

在确定侵占罪数额标准时，应注意以下几个问题：（1）根据刑法第 270 条规定，数额较大是决定侵占罪成立的唯一标准，是决定侵占罪刑罚轻重的主要标准而不是唯一标准。目前，尚无司法解释规定侵占罪除数额较大外，犯罪次数及犯罪情节也可以作为侵占罪成立的要件，因此，从罪刑法定原则角度上看，数额较大是侵占罪成立的唯一条件。由于决定刑罚轻重的因素很多，诸如动机强度及卑劣程度、人身危险性大小、退赃与否等均决定刑罚的轻重，所以，数额大小就不是刑罚轻重的唯一因素，在考虑刑罚轻重时，除主要依据数额大小外，

① 参见刘福谦：《论侵占罪》，载于《刑事法专论》（下卷），中国方正出版社 1998 年版 第 1331 页。

② 参见赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国法制出版社 1998 年版 第 326 页。

还要考虑动机、人身危险性、社会危害性及退赃情况，这样才能符合罪刑相适应原则。(2) 侵占数额是指行为人实际上非法获取的财物数额或给物主造成实际损失的数额。学界有观点认为，侵占数额除实际数额外，还包括行为人意图非法获取的财物数额或意图给所有人财物造成损失的数额。[①] 笔者认为，侵占罪与盗窃罪不同，盗窃罪是将他人持有之物非法转归自己持有，在据为己有之前，行为人对窃取对象的价值存在不确知的情形，例如以重大公私财物为目标而去实施窃取行为，结果没窃取成，由于主观上对重大财物的锁定反映了行为人主观恶性之大、人身危险性和社会危害性因而也大，因此，即使盗窃未遂，也一样治罪。[②] 而侵占罪是将已处于自己实际控制中的他人财物非法据为己有，拒不退还或拒不交出，不存在意图获得的财物数额或意图给物主造成损失的数额问题，无论持有人是否知道持有之物价值大小，都不能以持有人的主观对物价值判断作为数额大小的衡量标准，而应以法定标准去衡量。一般情况下，持有人在作出拒不退还之前，通过起诉书副本或与物主的交涉中都能确知持有之物的价值。因此，侵占数额只能是实际数额。(3) 对侵占财物的价值计算应以行为人拒不退还或拒不交出之时在市场上购买同质同量财物所需的货币量为依据。这种计算方法对行为人来说是公平的。

---

① 参见刘志伟：《侵占罪研究》，载于高铭暄 赵秉志主编：《刑法论丛》(第2卷)，法律出版社 1999 年版 第 152 页。

② 参见最高人民法院 1998 年 3 月 10 日生效的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》，第 1 条第（二）项。

第二节 侵占罪处罚轻重之情节

如前所述，侵占罪处罚轻重除数额大小以外，还有些情节对量刑有举足轻重的影响，兹分别述之。

一、侵占委托物与非委托物对量刑之影响

从国外刑事立法上看，侵占他人之物是否是委托物对量刑有决定性的影响。例如，德国刑法规定，侵占他人委托保管动产的，处5年以下自由刑或罚金；侵占自己持有或保管的他人动产的，处3年以下自由刑或罚金。瑞士刑法规定，侵占受托保管之财物，处5年以下轻惩役；侵占因自然力、错误、偶然事件，或其他非基于本人意思而获得之他人动产而经提出告诉者，处轻惩役或罚金。日本刑法规定，侵占自己占有的他人财物的行为，处5年以下惩役；侵占脱离占有的他人财物的，处1年以下惩役或10万元以下罚金或科料。我国台湾刑法规定，侵占自己持有他人之物的行为，处5年以下有期徒刑、拘役或科或并科1千元以下罚金；侵占脱离本人持有之物的，处5百元以下罚金。日本刑法及我国台湾刑法虽然不像德国、瑞士刑法明确规定侵占委托物的表述，但实际上处刑重的就是指侵占委托物之行为。之所以侵占委托物之行为比侵占脱离持有物之行为处刑要重，是因为侵占委托物不仅侵犯了他人财产法益，而且还破坏了委托人与受托人之间信赖关系，这种信赖关系体现了社会成员之间的互相信任，因而破坏信赖关系会导致社会成员之间的信任危机，从而破坏了统治者从中受益的经济秩序，所以，危害是双重的，社会危害性要大的多。在日本及我

国台湾，还有一个因素就是侵占委托物是特殊背信行为，而背信行为是一种犯罪，侵占委托物与背信属于法条竞合，[①] 因而决定了侵占委托物的处刑比侵占脱离物要重。

我国刑法第270条也体现了侵占委托物与侵占遗忘物、埋藏物的处刑不同，第270条第2款规定的侵占遗忘物、埋藏物的行为的处罚是采用“援引法定刑”的方式，从规定上看，只援引了第1款中的第一个刑罚幅度即2年以下有期徒刑、拘役或罚金，而没有援引第二个刑罚幅度即2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。因为第2款中的“数额较大，拒不交出的，依前款处罚”并没有对数额巨大或情节严重的情况再加以规定。可见，第270条第1款的侵占罪与第2款的侵占脱离持有物罪处刑是不同的，第1款之侵占罪包含侵占委托物的行为，比第2款之侵占罪处刑重。道理也是侵占委托物不仅破坏了信任关系，而且也侵犯了他人财物所有权，危害是双重的。

二、退赃与否对量刑的影响

虽然拒不退赃是侵占行为的当然结果，但是退赃与否却反映了行为人主观恶性程度以及社会危害性大小，因而对量刑有一定影响。退赃作为法定减轻处罚的情节在有些国家和地区刑法中已有明确之规定。如澳门刑法典第201条规定，犯侵占罪，如在第一审之审判听证开始前，返还侵占之物，又或弥补所造成之损失，且未以第三人构成不正当之损害者，则特别减轻刑罚；如返还部分或弥补部分者，得特别减轻刑罚。这种规

---

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣译，上海翻译出版公司1991年版第720页；［台湾］陈朴生著：《刑法各论》，正中书局1986年版第323—324页。

定有其合理之处，尽管我国刑法无此规定，但在处理这样的侵占案件时，作为酌情从宽处罚的情节还是合理的，因为犯罪既遂后主动退赃的，一般说明行为人有悔罪表现，人身危险性减弱，而且退赃后避免了他人财产上的损失，社会危害性减小，因此，从宽处罚体现了罪刑相适应原则。但是，如果侵占既遂后将侵占物挥霍的或者侵占的财物是重要生产资料，以至于给他人生产上或财产上的利益造成重大损失的或者侵占残疾人、无独立生活能力的人财物给这些人的正常生活带来不利影响的，可以考虑从严处罚，因为这种情况下，不仅仅侵犯了他人财产所有权，而且还破坏了生产秩序、生活秩序，社会危害性增大，因而从严处罚同样也符合罪刑相适应原则。

第三节　侵占罪之罚金刑适用

侵占罪属财产犯罪，行为人一般出于贪利之动机而侵占他人财物。为惩罚其贪利思想及行为，适用罚金刑是恰当的，国外学者认为，“罚金可以与罪过的严重性成正比，尤其是对那些因利益驱动而实行的犯罪，罚金刑特别适用；对国库来说，罚金是十分有利的刑罚，而执行自由刑却反过来要花很多钱。”① 国内有学者所指出：“对出于贪财图利动机的犯罪判处罚金刑，正是罚当其罪。针对这类犯罪分子的贪欲思想而予以一定金钱的剥夺，从经济上加以制裁，是最为恰当的刑罚。”② 根据刑法第270条规定，侵占罪的罚金分为单处和并处罚金刑

① ［法］卡斯东·斯特法尼等著：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社1998年版。

② 参见马克昌著：《刑法理论探索》，法律出版社1995年版 第356页。

两种情形，侵占他人财产数额较大的，单处罚金刑；数额巨大的，并处罚金刑。

从世界主要国家刑法来看，多数大陆法系国家刑法对侵占罪都规定了罚金刑，有的国家刑法还明确规定了罚金数额，例如，意大利刑法第646条规定，侵占他人动产并经被害人告诉者，“处3年以下有期徒刑，并科40万里耳以下罚金”；法国刑法第314-1条规定，侵占他人财物的，“处3年监禁并科250万法郎罚金”；奥地利刑法第133条规定，侵占他人财物的，“处6月以下自由刑或360日额以下之罚金”。此外，泰国、韩国以及我国台湾地区刑法都明确规定了侵占罪的罚金数额。罚金数额的刑法确定固然直接体现了罪刑法定原则，防止滥用罚金刑，有其积极意义的一面。但是，不足之处在于它忽视了犯罪情节和犯罪人个人的经济情况。吉米·边沁对此论到：“刑罚之苦必须超过犯罪之利，”但是，“不应该对所有罪犯的相同之罪适用相同之刑，必须对可能影响感情的某些情节给予考虑。”“同样的财产刑对富人将无足轻重，而对穷人则沉重不堪。”[①] 对那些犯罪情节严重以及财产状况优越的犯罪人来讲，确定了的罚金数额不足以适应其严重的犯罪情节，而且对犯罪人无关痛痒，因而达不到刑罚的威慑目的；对犯罪情节轻微的或财产状况较差的犯罪人来讲，确定了的罚金数额会超过其轻微的犯罪情节，超出了罪犯的承受能力，因而，罚金刑不能在其身上实现，也就达不到刑罚的教育目的，上述两种情况均不符合罪刑相适应原则。

我国刑法没有明确规定侵占罪之罚金数额，由人民法院依

① [英] 吉米·边沁著：《立法理论—刑法典原理》，孙力等译，中国人民公安大学出版社1993年版。

法自由裁量，但这种自由裁量必须有一定的限制。我国刑法第52条规定："判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。"犯罪情节是指行为人侵占数额大小、犯罪动机、犯罪造成的财产损失、犯罪手段、贪利心理的强弱、行为是累犯、再犯还是初犯等。为达到刑罚威慑、教育、预防再犯之目的，对侵占数额大的、动机卑劣的、犯罪手段恶劣、贪利心理强的罪犯，确定罚金数额就应当高一些。但是，为了使罚金不落空，人民法院在确定罚金数额时，还应当考虑犯罪分子本人的财产状况。虽然我国刑法没有规定这个限制，但考虑到数额过多，超过犯罪分子的负担能力，犯罪分子无法缴纳，则不利于判决的执行，也不利于对犯罪分子的教育改造，所以，从实际出发，结合刑罚目的，在确定罚金数额时，需要考虑犯罪分子的实际经济负担能力。国外这方面立法例值得我们借鉴，如德国刑法第40条第（二）项、第（三）项规定："日额金的金额由法院考虑行为人的人身和经济情况来决定。原则上以行为人每日平均应有或可能有的纯收入为准。应全面顾及行为人的收入、财产及其他计算日额金的情况"。再如瑞士刑法第48条第（2）项规定："法官根据行为人的具体情况确定罚金具体数额，罚金的缴纳要使行为人感到痛苦并与其罪责相适应。对行为人具有重要意义的具体情况主要指收入、财产、家庭状况、家庭义务、职业和薪水、年龄和健康状况等，法院应考虑犯罪人的个人特点和财产状况"。我国刑法第52条应把此项内容作为一款规定进来，以便考虑犯罪人的经济状况有法律依据。

第四节 侵占罪告诉形式的缺欠与补救

一、侵占罪告诉才处理的含义

刑法第270条第3款规定，对侵占罪，须告诉才处理，即人民法院对侵占罪采取不告不理的原则，只有被害人（财产所有权人或占有权人）告诉的，人民法院才能开始追究侵占罪行为人的刑事责任的活动。侵占罪告诉才处理是新刑法新增设的一种告诉才处理，与刑法规定的其他告诉才处理的犯罪不同的是，这种告诉才处理的犯罪是侵犯财产犯罪，而其他告诉才处理的犯罪是侵犯人身权利的犯罪。刑法之所以规定侵占罪告诉才处理，是因为侵占罪之犯罪对象在实施侵占行为之前已处于行为人的实际控制状态，侵犯的是他人财物所有权中的返还请求权，而没有侵犯他人财物的占有权，而且，多数情况下，行为人取得他人之物的实际控制是基于物主的委托也即同意，因而，侵权人较明确，且社会危害性小于盗窃、诈骗等财产犯罪，无需借助公安机关的侦查，由人民法院直接受理。另一个原因是，行为人持有他人之物多基于民事法律关系，权属清楚，证据易收集、当事人关系明确，因而也无需借助公安机关的侦查。国外及其他地区，诸如瑞士、德国、泰国、韩国、日本及我国台湾和澳门的刑法均对侵占罪规定了告诉乃论，对我国的相关立法也有借鉴的作用。

二、适用告诉才处理需注意的几个问题

（一）侵占罪具有牵连犯、数罪情形的，公诉与自诉的协

调问题

这个问题主要体现在持有财物过程中的侵占问题。如前所述，明知赃物而代为保管进而侵占赃物的，可能会发生牵连犯之情形。根据刑法第 312 条规定，窝赃罪处 3 年以下有期徒刑、拘役或管制，并处或单处罚金；侵占罪中，侵占数额较大的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或罚金；数额巨大或其他严重情节的，处 2 年以上 5 年以下有期徒刑，并处罚金。如果侵占赃物数额较大的，因窝赃罪的刑罚重于侵占罪，择窝赃罪论处，此种情况只适用公诉。问题是，只适用公诉的话，被害人的所有权怎样保护呢？笔者认为，这种情况下，虽然被害人不能行使诉权，但是，由于赃物可由司法机关追缴，因此，司法机关可将追缴之赃物返还给被害人，这样被害人的所有权就能得到恢复和保护。如果侵占赃物数额巨大或有其他严重情节的，此种情况下，侵占罪的刑罚重于窝赃罪，择侵占罪论处，只适用自诉。但是，如果被害人放弃自诉或者经法院调解后撤回自诉的，对犯罪人是否不追究窝赃罪的刑事责任呢？这里确实存在这一矛盾，即不追究窝赃罪刑事责任确有放纵犯罪之后果，因为择一重罪处断后，窝赃罪不再论罪，而被害人放弃自诉或撤回自诉意味着犯罪人没受到任何刑事责任的追究，而犯罪人主观恶性之深，人身危险性之大，社会危害性之严重，不惩治很难说符合罪刑相适应原则。笔者认为，解决这一矛盾有三条途径：第一，在公诉案件与告诉才处理案件发生牵连时，如果告诉才处理的犯罪之刑罚重于公诉的犯罪，被害人坚持追诉的，则不适用公诉；被害人若放弃或撤回自诉的，不影响公诉程序的进行。第二，以法律明确规定公诉与自诉竞合时，无论公诉的犯罪之刑罚是否重于自诉的犯罪之刑罚，一律实行公

诉优先的原则，被害人的财产权利可由公诉程序加以保障。第三，以法律明确规定，侵占犯罪又触犯其他犯罪的，对其他犯罪定罪量刑后与侵占罪数罪并罚。这样就否定了侵占罪之牵连犯存在之可能。这样既符合罪刑法定原则，又有利于打击犯罪。上述三种途径中，第三种途径是最佳选择。

（二）对侵占罪之共同犯罪的告诉问题

对教唆、帮助他人侵占的，被害人若有充分证据的，在告诉时，可将侵占者、帮助者、教唆者作为共同被告一并起诉，追究他们的刑事责任。当然被害人有选择被告的权利，他可以只起诉侵占者本人而放弃对教唆者、帮助者的起诉。若教唆者、帮助者教唆、帮助不具备侵占罪主体资格的人侵占他人财产的，被害人只能针对教唆者、帮助者提起刑事自诉，但可以对未成年人或无行为能力人的监护人、法定代理人提起附带民事诉讼。

（三）亲属间侵占的告诉问题

与我国刑法规定侵占罪告诉才处理不同的是，有些国家刑法规定亲属间的侵占才适用告诉才处理，如瑞士刑法第 140 条第 3 项，日本刑法第 255 条之规定等，除此以外的其他人之间的侵占不适用告诉才处理，说明我国刑法这方面的规定较谦抑。我国台湾地区刑法规定，直系血亲配偶或同财共居亲属之间犯侵占罪的，得免除其刑；其他五亲等内血亲或三亲等内姻亲之间犯侵占罪的，须告诉乃论。我国刑法没有规定亲属间侵占不按犯罪处理的规定，在没有刑法援引条款及司法解释出台前，对亲属间侵占追究刑事责任也符合罪刑法定原则。但是，最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（1998 年 3 月 10 日生效）第 1 条第（四）项规定：“偷拿

自己家的财物或近亲属的财物，一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与在社会上作案的有所区别。”侵占罪可否适用或援用这一规定呢？从理论上讲，盗窃罪的社会危害性大于侵占罪，盗窃案件可以适用亲属间盗窃可不按犯罪处理的规定，对侵占罪适用亲属间侵占可不按犯罪处理自然也在合理之中，这方面可借鉴其他国家和地区的刑法规定。只是需注意，在法律和司法解释没有明确规定可直接援用上述司法解释的情况下，人民法院在处理亲属间侵占时，还不能以上述司法解释第 1 条第（四）项作为依据。

三、侵占罪告诉形式的缺欠与补救

侵占罪告诉形式的缺欠表现在以下几个方面：

（一）侵占罪的告诉才处理缺乏公安机关介入侦查的明确法律依据，致使遗忘物、埋藏物等脱离持有物的主人很难进入告诉程序，其财产权利得不到刑法的有效保护。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）第 186 条第（四）项的规定，人民法院受理的自诉案件必须具备“有明确的被告人，具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据”的条件。也就是说，被侵权人如果提不出明确的被告人，没有确实、充分的证据，人民法院将不予受理；即使受理，也要根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 171 条第（二）项的规定驳回起诉。而在侵占遗忘物、埋藏物等脱离持有物的场合，权利人往往与侵权人素不相识，也很难确定谁是侵权人；即使能够确定，由于调查权、搜查权等权利的约束和限制，权利人也无法搜集到确切的证据，因而，权利人的告诉权无法实现。那么，公安机关介入这种案

件有无明确的法律依据呢?对“两高三部一委”于1998年1月19日联合颁布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第4条确定的8类案件管辖权规定的“其中证据不足，可由公安机关受理的，应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。”如何理解是回答上述问题的关键，也就是说，这8类案件是否包括侵占案件。根据刑事诉讼法第170条的规定，自诉案件有以下三类：第一类是告诉才处理的案件；第二类是被害人有证据证明的轻微刑事案件；第三类是被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或人民检察院不予追究刑事责任的案件。上述三类自诉案件在诉权的行使上是不同的，第三类自诉案件以公安机关、人民检察院的前置处理为前提已有法律的明确规定；第二类自诉案件（即故意伤害案、重婚案、遗弃案、妨害通信自由案、非法侵入他人住宅案、生产销售伪劣产品案、侵犯知识产权案及刑法分则第4章、第5章规定的对被告人可以判处3年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件）按“两高三部一委”的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》，属于公安机关可以介入侦查的被害人有证据证明的轻微刑事案件，但是不包括第一类告诉才处理的案件。因为，尽管刑法分则第5章中包含侵占罪，但“其他轻微刑事案件”中的“其他”已经将故意伤害案、重婚案、遗弃案、妨害通信自由案、非法侵入他人住宅案、生产销售伪劣产品案、侵犯知识产权案等七种案件排斥在外，也将第一类告诉才处理的案件排斥在外。如果将第一类告诉才处理的案件包容于“其他轻微刑事案件”的第二类自诉案件中，刑事诉讼法关于自诉案件的分类也就失去了意义。所以，公安机关介入侦查只针对第

二类自诉案件，不包括第一类告诉才处理的案件，因而对告诉才处理案件，公安机关介入侦查尚无明确的法律依据。由于告诉才处理案件公安机关无权介入，因而不能以公安机关的介入作为侵占罪认定的标准，也正因公安机关无权介入，所以其取得的证据不具证据合法性的特点，因而不能作为证据使用。而侵占遗忘物、埋藏物案件具有被害人难以判断谁是侵占行为人、隐蔽性强、时常与盗窃行为难以区分，案件性质需要司法机关认定和判断等特点，往往需要借助侦查手段收集证据、确定侵占行为性质及侵占行为人，被害人个人往往由于手段合法性的限制很难做到这一点，所以就产生了被害人需要公安机关介入而公安机关无权介入的矛盾，这一矛盾完全是侵占罪告诉才处理规定的不完善造成的。

（二）告诉才处理没有例外的情形不利于保护公私财物所有权，特别是不利于保护无主财产或所有权归属不明的财产所有权。对委托关系而产生的侵占，由于当事人关系明晰，侵权人与被害人明确，且证据也易收集，不需要进行侦查，所以，适用告诉才处理没有太大问题，只是当单位委托个人保管财物而发生侵占时，单位可否作为被害人提起刑事自诉，这个问题前文已有详述，对被害人不能仅理解为自然人，也包括法人或单位，单位或其法定代表人可以行使刑事自诉权。对遗忘物、埋藏物的侵占适用告诉才处理问题较大，表现为，第一，失主很难依靠自己的力量寻找侵权人；即使找到侵权人，也很难收集到侵占事实的相关证据；第二，对埋藏物是无主财产或所有权归属不明之物时，虽然这类埋藏物根据民法的规定权属归国家，但具体由谁来行使告诉权确实是个问题，如果由人民检察院来行使，又与其职能相冲突，而且也无法律依据，那么，能

否以刑法第98条的规定来救济呢？也不能，因为，第98条规定，如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院也可以告诉，但是上述情况不存在被害人被强制、威吓而无法告诉的情形，因而对无主物或所有权属不明的埋藏物之侵占也不能靠第98条来救济。

（三）没有明确规定单位的告诉权，对保护公共财产所有权不利。单位可以且现实地成为侵占罪的被侵权人即被害人的问题前文已有所阐述，但是，根据刑法第98条的规定："告诉才处理是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。""被害人"一般都理解为自然人，而不包括单位。这种理解有其一定的道理：一是1997年刑法第98条关于告诉才处理的规定与1979年刑法第87条关于告诉才处理的规定雷同，而1979年刑法规定的告诉才处理的案件都是侵犯人身权利的案件而不包括侵占案件，被害人当然是自然人，所以1979年刑法第87条的规定有其合理性。但是，1997年刑法除全部保留了1979年刑法告诉才处理案件的规定外，还增设了一个侵犯财产方面的告诉才处理的侵占案件，由于这种案件的被害人不限于自然人，还包括单位，而1997年刑法第98条没有顾及这种变化，仍然保留原有的规定，这就给单位行使告诉权带来了困惑。二是从"如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。"这句话上看，被害人显然是指自然人，因为单位不存在近亲属的问题。当然，是否可以将第98条中的第一句话"告诉才处理是指被害人告诉才处理"中的"被害人"理解为既包括自然人又包括单位呢？笔者认为，从逻辑上可以这样理解，但是从罪刑法定原则角度上讲，"被害

人”的含义并不明确，还有待于明确的司法解释。

为解决上述矛盾，弥补侵占罪告诉形式的缺欠，笔者建议在刑法第 270 条第 3 款增加几个内容：

（一）应增设告诉才处理的例外情形。如果侵占案件需要侦查的，经被害人申请、公安机关可以介入侦查；但对侵占行为严重危害社会经济秩序、生活秩序和国家利益的，不适用告诉才处理。我国 1979 年刑法规定的告诉才处理的刑事案件有四种，即侮辱罪、诽谤罪、暴力干涉婚姻自由罪及虐待罪，这四种犯罪告诉才处理都有例外的规定，侮辱、诽谤罪严重危害社会秩序和国家利益的除外；暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪引起被害人死亡的除外。新刑法仍然承袭了这些例外的规定。最高人民法院于 1993 年 9 月 24 日颁布的《关于刑事自诉案件审查立案的规定》第 2 条第（二）项中规定，“刑法第 145 条告诉才处理并且不需要侦查的侮辱、诽谤案”为人民法院受理的刑事自诉案件。这就是说，侮辱、诽谤罪除严重危害社会秩序和国家利益不适用告诉才处理的以外，需要侦查的，诸如能以找到诽谤者而后果又比较严重的案件等，也不适用告诉才处理。而新刑法中唯独没有把侵占罪告诉才处理规定为例外的情形，这是立法上的疏忽。因为前文揭示的矛盾中应该能够说明这一点。

（二）应明确规定公安机关的侦查介入权。对需要侦查的告诉案件，虽然规定公安机关有权介入侦查，但并不是说案件进入公诉程序，只是介入公诉程序中的侦查程序，是否起诉追究侵权人的刑事责任的决定权仍属于被害人。不过学界也有观点认为，告诉案件经过公安机关侦查后，在没有原告反对的情

形下进入公诉程序，作为对被害人告诉形式的补充。① 笔者认为这一观点是以被害人的意志左右全部公诉程序的启动，而且混淆了公诉与自诉的界限。公诉案件的特点之一就是不受加害人和被害人的意志左右，而且是否公诉案件要由法律明确规定，不能由被害人的意志决定。既然案件起诉与否由被害人决定，因而在本质上仍属告诉才处理案件；公安机关的介入只是解决收集证据难以及合法性问题，并没有改变告诉才处理的性质，因而上述观点是值得商榷的。

（三）应明确单位的告诉权。鉴于在侵犯财产的告诉才处理中只有一个侵占案件，不具有普遍性，因而单位的告诉权不必在刑法总则规定，在第 270 条第 3 款中规定较为妥当。具体设置为“本条罪，告诉的才处理。告诉的主体是指自然人和单位。”

① 参见世平、范昌：《侵占罪中告诉形式的欠缺及补救》，载于《人民法院报》1998 年 3 月 19 日。

主要参考文献

一、著作类（中国部分）

1. 何鹏著：《外国刑事法选论》，吉林大学出版社 1989 年版

2. 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（下册），北京大学出版社 1985 年版

3. 吴振兴著：《罪数形态论》，中国检察出版社 1996 年版

4. 李洁著：《犯罪既遂形态研究》，吉林大学出版社 1999 年版

5. 李洁著：《犯罪结果论》，吉林大学出版 1994 年版

6. 高铭暄编著：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社 1981 年版

7. 高铭暄主编：《刑法学原理》（第一、二卷），中国人民大学出版社 1993 年版

8. 高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第二卷），法律出版社 1999 年版

9. 高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版

10. 高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社 1989 年版

11. 高铭暄主编：《刑法修改评议论文集》，中国人民大学

出版社 1997 年版

12. 马克昌著：《刑法理论探索》，法律出版社 1995 年版

13. 储槐植著：《美国刑法》，北京大学出版社 1987 年版

14. 王作富主编：《中国刑法的修改与补充》，中国检察出版社 1997 年版

15. 赵秉志主编：《侵犯财产罪研究》，中国政法大学出版社 1998 年版

16. 赵秉志主编：《刑法修改研究综述》，中国人民公安大学出版社

17. 赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版

18. 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年版

19. 张明楷著：《刑法学（下）》，法律出版社 1997 年版

20. 赵秉志著：《侵犯财产罪》，中国人民公安大学出版社 1999 年版

21. 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版

22. 陈兴良主编：《罪名指南》，中国政法大学出版社 2000 年 1 月版

23. 陈兴良主编：《刑事法判解》（第二卷），法律出版社 2000 年 4 月版

24. 张明楷著：《法益初论》，中国政法大学出版社 2000 年版

25. 张明楷著：《犯罪论原理》，武汉大学出版社 1992 年版

26.《刑事法学要论》，北京大学出版社 1998 年版

27. 陈盛清主编：《外国法制史》，北京大学出版社 1982 年

版

28.:《外国法制史》，北京大学出版社 1982 年版

29. 张晋藩等著：《中国刑法史新论》，人民法院出版社 1992 年版

30. 何勤华主编：《外国法制史》，法律出版社 1997 年版

31. 丁玫著：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社 1998 年版

32. 由嵘、胡大展主编：《外国法制史》，北京大学出版社 1989 年版

33. 欧阳涛著：《英美刑法刑事诉讼法概论》，中国社会科学出版社 1984 年版

34. 周密著：《中国刑法史》，群众出版社 1985 年版

35. 栗劲著：《秦律通论》，山东人民出版社 1985 年版

36. ［清］沈家本著：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版

37. ［清］薛允升撰：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年版

38. ［清］长孙无忌著：《唐律疏义》，台湾商务印书馆印行 1984 年版

39. 乔伟著：《唐律研究》，山东人民出版社 1985 年版

40. ［宋］窦仪撰：《宋刑统》，中华书局印行

41. ［台湾］杨鸿烈著：《中国刑法发展史》

42. 张希坡编：《中华人民共和国刑法史》，中国人民公安大学出版社 1998 年版

43. 李淳王、尚新主编：《中国刑法修订的背景与适用》，法律出版社 1998 年版

44. 陈华彬著：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998

年版

45. 王利明著:《物权法论》, 中国政法大学出版社 1998 年版

46. 江平等著:《罗马法基础》, 中国政法大学出版社 1991 年版

47. 丁慕英主编:《刑法实施中的重点问题研究》, 法律出版社 1998 年版

48. 樊凤林著:《刑事科学论》, 中国人民公安大学出版社 1999 年版

49.《刑事法专论》(下卷), 中国方正出版社 1998 年版

50. 周其华著:《新刑法各罪适用研究》, 中国法制出版社 1997 年版

51. 刘白笔等著:《经济刑法学》, 群众出版社 1989 年版

52. 金凯主编:《侵犯财产罪新论著》, 知识出版社 1988 年版

53. 邓又天主编: 《中华人民共和国刑法释义与司法适用》, 中国人民公安大学出版社 1997 年版

54. 高西江主编:《中华人民共和国刑法的修订与适用》, 中国方正出版社 1997 年版

55. 赵永林著:《我国刑法中盗窃罪的理论与实践》, 群众出版社 1989 年版

56. 最高人民检察院办公厅编: 《新刑法典的释义和适用》, 红旗出版社 1997 年版

57. 梁华仁、裴广川主编: 《新刑法通论》, 红旗出版社 1997 年版

58. 刘家琛主编:《新刑法常用罪认定与处理》(上), 人

民法院出版社 1997 年版

59. 樊凤林主编:《中国新刑法理论研究》，人民法院出版社 1997 年版

60. 陈广君等主编:《新刑法释论》，中国书籍出版社 1997 年版

61. 李福成主编:《中华人民共和国刑法问答》，人民法院出版社 1997 年版

62. 周振想主编:《中国新刑法释论与罪案》(下)，中国方正出版社 1997 年版

63. 孙宪忠著:《德国当代物权法》，法律出版社 1997 年版

64. 江平、巫昌祯主编:《现代实用民法词典》，北京出版社 1988 年版

65. 马长生主编:《新编刑法学》，湖南人民出版社 1997 年版

66. 张凤阁主编:《最新刑法释义与适用指南》，中国检察出版社 1997 年版

67. 董鑫主编:《盗窃罪个案研究》，四川大学出版社 1994 年版

68. 周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》，人民法院出版社 1998 年版

69. 陈忠林著:《意大利刑法纲要》，中国人民大学出版社 1999 年版

70.《法学前言》(第 1 辑)，法律出版社 1997 年版

71. 卢铁峰编著:《重点新罪名适用精解》，中国检察出版社 2000 年 1 月版

72. 郭立新、杨迎泽主编:《刑法分则适用疑难问题解》，

中国检察出版社2000年1月版
73.《厦门大学法律评论》（第1期），厦门大学出版社2001年4月版
74. 刘明祥著：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版
75. 刘树德著：《行为犯研究》，中国政法大学出版社2000年版
76. 金泽刚著：《犯罪既遂的理论与实践》，人民法院出版社2001年版
77. 刘志伟著：《侵占犯罪的理论与司法适用》，中国检察出版社2000版
78. [台湾] 王泽鉴：《民法物权》（第1册），三民书局1992年版
79. [台湾] 史尚宽：《物权法论》，荣泰印书馆股份有限公司1971年版
80. [台湾] 谢在全：《物权法论》，中国政法大学出版社1999年版
81. [台湾] 刘清波编著：《刑法概论》，台湾开明书店1970年版
82. [台湾] 陈焕生著：《刑法分则实用》，各大书局1979年版
83. [台湾] 蔡墩铭著：《刑法各论》，三民书局1995年版
84. [台湾] 曾荣振著：《刑法总整理》，三民书局1993年版
85. [台湾] 吕有文著：《刑法各论》，三民书局1983年版
86. [台湾] 蔡墩铭主编：《刑法分则论文选辑》（下），五

南图书出版公司 1984 年版

87. [台湾] 孙德耕著:《刑法分则实用》,各大书局 1971 年版

88. [台湾] 赵琛著:《刑法分则实用》(下),梅川印刷有限公司 1979 年版

89. [台湾] 王振兴著:《刑法分则实用》(第 3 册),三民书局股份有限公司出版 1987 年版

90. [台湾] 林国彬著:《刑法的罪与罚》,书泉出版社 1993 年版

91. [台湾] 洪福增著:《刑法判解研究》,刑事法杂志社 1962 年版

92. [台湾] 陈朴生著:《刑法各论》,正中书局 1986 年版

93. [台湾] 褚剑鸿著:《刑法分则释论》(下),台湾商务印书馆发行 1990 年版

94. [台湾] 梁恒昌主编:《刑法实例研究》,五南图书出版有限公司 1982 年版

95. [台湾] 林山田著:《刑法特论》,三民书局 1978 年版

96. [台湾]:《刑事法律研究汇编 (一)》,司法周刊杂志社 1987 年版

97. [台湾] 何孝元主编:《法律学》,台湾商务印书馆 1971 年版

二、著作类(外国部分——译著类)

1.《摩奴法典》,蒋忠新译,中国社会科学出版社 1985 年版

2. [古罗马] 盖尤斯著:《法学阶梯》,黄风译,中国政法

大学出版社 1996 年版

3.［意］彼得罗·彭梵得著：《罗马教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版

4.［意］朱塞佩·格罗索著：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 1994 年版

5.《民法大全选译·债·私犯之债（Ⅱ）和犯罪》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1998 年版

6.［古罗马］查士丁尼著：《法学总论—法学阶梯》，张企泰译，北京商务印书馆 1989 年版

7.《民法大全选译·债·私犯之债》，丁玫译，中国政法大学出版社 1992 年版

8.［英］戴维·M·沃克：《牛津法律大辞书》，光明日报出版社 1988 年版

9.［美］E·博登海默著：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来译，华夏出版社 1987 年版

10.［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1991 年版

11.［英］鲁珀特·克罗斯等著：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社 1991 年版

12.［前苏］A·H·特拉伊宁著：《犯罪构成的——般学说》，中国人民大学出版社 1985 年版

13.［英］C·D 詹姆斯著：《法律原理》，关宝森等译，中国金融出版社 1990 年版

14.《日本刑法判例评释选集》，洪福增译，汉林出版社 1977 年版

15.［英］吉米·边沁著：《立法理论—刑法典原理》，孙力

等译，中国人民公安大学出版社 1993 版

16. [法] 卡斯东·斯特法尼等著：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社 1998 年版

17. [英] J·C·史密斯、B·霍根著：《英国刑法》，李贵方等译，法律出版社 2000 年 9 月版

18. [日] 日高义博著：《不作为犯的理论》，王树平译，中国人民公安大学出版社 1992 年 4 月版

19. [日] 野村稔著：《刑法总论》，全理其何力译，法律出版社 2001 年 3 月版

20. [德] 弗兰茨·冯·李斯特著：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2000 年 5 月版

21. [美] 理查德·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版

22. [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版

三、著作类（外国部分——外文版）

1. StevenH · Gifis《LawDictionary》Barron，sEducationalSeries，Inc. 2ded

2. David · M · walker《TheOxfordCompaniontoLaw》TypesetbyCC-CinGreatBrita inbywilliamClowes（Beccles）Limited，BeccelandLon-don. PrintedintheUnitedStatesofAmerica.

3. 高桥贞彦、田中圭二进制、中山研一著：《刑法各论》，近几大学通信教育部平成 5 年 8 版

4. 西原春夫著：《刑法各论》，筑摩书房昭和 49 年 1 月版

5. 前田雅英著：《刑法各论讲义》，东京大学出版社 1995

年版

四、论文类

1. 王桂萍：《中外侵占罪之比较》，载于《现代法学》1992年第2期
2. 刘辉：《论侵占罪》，载于《法律科学》1992年第1期
3. 陈兴良：《侵占罪与贪污罪之比较》，载于《法学家》1996年第4期
4. 姜淑明：《拾得遗失物拒不交还不构成侵占罪》，人民法院报1998年3月21日
5. 世平、范昌：《侵占罪中告诉形式的欠缺及补救》，载于人民法院报1998年3月19日
6. 易新华：《公安机关的介入与侵占罪的认定》，载于人民法院报1999年2月6日
7. 李忠诚：《侵占罪》，载于《法制日报》1998年7月18日
8. 党燕：《侵占遗忘物、埋藏物初探》，1997年3月22日
9. 龚小亮：《应当设立侵占罪》，载于《法学杂志》1986年第5期
10. 李兴中：《论侵占罪》，载于《经济与法》，994年第8期
11. 余宏荣江志：《不当得利与犯罪界限的探讨》，载于《法学研究》1989年第5期
12. 吴学斌魏晓平：《析侵占罪行为客体的几个问题》，载于《律师世界》1998年第5期
13. 王新平：《论非法占有他人财产罪》，载于《律师世

界》1998 年第 8 期

14. 周少华:《试论侵占埋藏物犯罪的若干问题探析》，载于《法律科学》1998 年第 3 期

15. 肖常纶:《试论侵占他人遗忘物罪》，载于《法学研究》1998 年第 1 期

16. 刘辉:《侵占罪若干问题的研究》，载于《法律科学》1999 年第 1 期

17. 朱小林、龚举文:《对侵占罪与依法罪的探讨》，载于《律师世界》1998 年第 5 期

18. 邓斌:《侵占罪几个问题的探讨》，载于《法制与社会发展》1999 年第 4 期

19. 张炳生:《遗失物拾得研究》，载于《法律科学》1999 年第 1 期

20. 刘明祥:《论著侵犯财产罪的对象》，载于《法律科学》1999 年第 6 期

21. 王作富:《略论侵占罪的几个问题》，载于《法学杂志》1998 年第 1 期

22. 王光华、刘锁民:《论侵占罪的构成要件》，载于《现代法学》1999 年第 4 期

23. 夏朝晖:《论侵占罪的方法适用研究》，载于《中国刑事法杂志》1999 年第 4 期

24. 黄龙:《新刑法第 270 条规定的立法缺陷与完善》，载于《法学》1997 年第 5 期

25. 田明海、毕秀丽:《如何认定侵占罪中的“拒不退还”》，载于《河北法学》2000 年第 2 期

26. 黄祥青:《侵占罪若干适用问题探析》，载于《法学评

论》2000年第4期

27. 孙向阳：《论侵占罪》，载于《河北法学》2000年第3期

28. 贾凌、曾粤兴：《论侵占性质犯罪的立法完善》，载于《湖南省政法管理干部学院学报》2000第3期

29. 戚德扬、王焰明：《刑法关于侵占罪诉讼程序规定之缺陷及补足》，载于《检察调研》2000年第2期

30. 李世军：《侵占罪浅析》，载于《法学评论》1998年第6期

31. 朱孝青：《对侵占他人遗忘物罪几个问题的思考》，载于《法学》1989年第3期

32. 张驰：《析拾得物据为已有的性质》，载于《法学》1998年第6期

33. 龚德云：《论侵占罪的立案管辖与补救》，载于《河北法学》2000年第6期

34. 张永生、高劲松：《侵占罪若干问题研析》，载于《河北法学》2001年第2期

35. 邓斌：《英美刑法的侵占罪》，载于《江西公安专科学校学报》2001年第2期

36. 赵大利、高大伟：《关于合同诈骗罪的罪间界定问题》，载于《浙江省政法管理干部学院学报》2002年第1期

37. 董玉庭：《侵占罪与盗窃罪之界限》，载于《人民检察》2001年第4期

38. 覃祖文：《侵占罪犯罪对象若干问题研究》，载于《广西政法管理干部学院学报》2001年第2期

39. 余高能：《澳门与大陆侵占型犯罪比较》，载于《云南

大学学报》2001年第2期

40. 刘明祥:《论侵占遗忘物、埋藏物》, 载于《国家检察官学院学报》2001年第2期

41. 刘明祥:《论侵吞不法原因给付物》, 载于《法商研究》2001年第2期

42. 杨峰:《论普通侵占罪兼谈我国侵占罪的分类》, 载于《中央政法管理干部学院学报》1998年第5期

43. 刘明祥:《刑法中的非法占有目的》, 载于《法学研究》2000年第2期

44. 刘志伟:《关于侵占罪中"拒不退还或交出"问题的探讨》, 载于《云南大学学报·法学版》2001年第1期

45. 刘明祥:《论刑法中的占有》, 载于《法商研究》2000年第3期

46. 赵秉志、刘志伟:《论侵占犯罪立法的完善》, 载于《法学》2000年第12期

47. 傅雪峰、徐培龙:《论侵占罪中的几个问题》, 载于《华东政法学院学报》2001年第5期

48. 叶高峰:《侵占罪若干问题研究》, 载于《郑州大学学报》,(哲学社会科学版) 1999年第5期

49. 赵秉志、于志刚:《论侵占罪的犯罪对象》, 载于《政治与法律》1999年第2期

50. 陈运光:《关于侵占罪中遗忘物、埋藏物的探讨》, 载于《人民检察》1998年第9期

51. 郑强:《合同法诚实信用原则价值研究》, 载于《中国法学》1999年第4期

52. 陈立:《非法占有遗忘物行为问题新论》, 载于《法学

杂志》2001年第4期

53. 王静：《应从严掌握侵占罪的定罪标准》，载于《中国律师》1999年第3期

内容摘要

《侵占罪研究》一书，由前言和正文七章构成。本书以辩证唯物主义与历史唯物主义和邓小平理论为指导，运用刑法学理论以及采纳民法学的一些研究成果，对侵占罪进行了系统的理论探索。本书研究的目的是试图通过对侵占罪立法的历史考察、对侵占罪概念及其特征的分析、对侵占罪的认定与处罚的阐述，一方面建构对侵占罪研究的理论体系，一方面通过比较方法，全面、系统地揭示侵占罪的本质特征和法律特征，以便科学地指导刑事司法活动，并对侵占罪立法上的不足提出完善之建议。

前言部分。我国刑法中的侵占罪是一个新罪名，国内学者对侵占罪的研究刚处于起步阶段，对其进行系统性研究的成果不多见，但国外及我国台湾地区学者对侵占罪的研究则有较早的历史，且成果颇丰。本书在汲取国内外学者对侵占罪研究成果的养分基础上，寻着他们的足迹，以对比的方法，试图对侵占罪的立法及学说做深一步的探索和研究。目前，学界对侵占罪争议比较大的问题有以下几点：(1) 侵占行为的概念及本质；(2) 代为保管的含义；(3) 赃物、封缄物能否构成侵占罪之对象；(4) 公有财物所有权能否成为侵占罪之客体；(5) 侵占罪是否存在未遂；(6) 侵占罪告诉形式的缺欠及补救；(7) 遗失物与遗忘物的区别有何意义。上述争议问题左右着侵占罪是否成立以及侵占罪罪间界限问题，因此，对上述问题的系统

研究，不仅对构建侵占罪研究的理论体系有重要意义，而且对弥补侵占罪缺乏系统理论研究的不足有重要理论意义；上述问题的解决对科学指导刑事司法活动有重要的实践指导意义。

第一章，侵占罪立法的沿革和比较。考察侵占罪立法的产生和发展，对侵占罪立法发展的规律性认识以及对侵占罪立法的特点的认识是十分必要的。综观侵占罪立法的发展史，其产生与发展与一定社会形态的财产关系及其复杂程度以及商品经济发达程度密切相关，说明一定社会形态的侵占罪之内涵和外延是由社会的商品经济发展水平及财产关系的复杂程度决定的，反映了社会商品经济发达程度的高低，决定了某一社会形态通过法律对财产权利保护的程度和要求这样一个规律。侵占罪立法发展史告诉我们，侵占罪立法历史悠久；侵占罪种类较多但重心突出；侵占罪的处罚由重到轻。刑罚幅度错落适当，更趋合理，呈现轻刑化趋势。通过侵占罪立法之比较，对侵占罪立法值得我们借鉴之处表现在：(1) 侵占罪条文前应设立标题；(2) 侵占遗忘物、埋藏物罪应独设条文规定；(3) 侵占罪罪状的表述应更加简炼、抽象，避免人们对侵占行为引起歧义。

第二章，侵占罪概说。侵占犯罪的社会危害性不单纯是对特定被害人财产权利的侵犯，更为严重的是侵占者引起普遍的信任危机，进而破坏商品经济秩序；此外，侵占者的反社会性的极端利己主义的品质和人格会导致行为人具有继续侵犯不特定的财产的倾向性，因而也具有社会危害性。各国对侵占罪概念表述上虽存在一定差异，但均揭示了侵占罪之本质特征。我国刑法中的侵占罪概念应当表述为：以非法所有为目的，将自己持有的他人之物非法据为己有，数额较大，拒不退还或拒不

交出的行为。这一表述涵盖了刑法第 270 条第 1 款和第 2 款规定的侵占罪，既有一定的概括性，又反映了侵占罪的本质特征即持有他人之物然后非法据为己有，拒不退还或拒不交出。我国刑法中侵占罪有两种，一是普通侵占罪，一是侵占遗忘物、埋藏物罪。由于职务侵占罪不具备普通侵占罪的基本构成要件，也不是普通侵占罪的加重类型，因而不属于侵占罪的种类之一。

第三章，侵占罪的客体与对象。侵占罪的客体是公私财物所有权，而不只限于公民私人财物所有权，这种认识尽管符合立法宗旨，但缺乏刑法具体规定的支持，但有相关法律和司法解释的规定，这种认识仍不违反罪刑法定原则。侵占罪客体的认定不能笼统地谈财产所有权，因为财产所有权内容丰富，侵犯其中一项或数项权能并不意味着有侵占行为的发生，只有侵犯所有权中的返还请求权才能达到刑事侵权的程度。侵占罪的犯罪对象是侵占行为所直接指向的由侵占者业已持有的他人之物，包括不特定物、种类物、无形物、知识产品、遗失物、漂流物、封缄物等，但财产性利益不是侵占罪的对象。遗忘物与遗失物的区分对侵占罪的成立无影响，因而这种区分对侵占罪的认定无任何实质意义。

第四章，侵占罪的客观特征。“代为保管”、“非法占为己有”虽然不是侵占行为，但却是侵占行为发生的必要前提，没有它们，就谈不上“拒不退还或拒不交出”的问题，因而三者共同构成侵占罪的客观特征。“代为保管”是非财产所有人对自己实际控制的他人之物有妥善保管和返还之义务，表现为非财物所有人持有他人之物，而持有他人之物不必基于合法原因。“非法占为己有”无论以什么方式来表现，相对侵占行为

而言，其实质就是不法所有之意图；相对退还持有物或赔偿而言，它又属于民事侵权行为，因而具有双重属性。侵占行为的本质是持有他人之物，拒不退还或拒不交出，只能以不作为行为方式来实施。

第五章，侵占罪的主体要件和主观要件。侵占罪的主体属于身份犯，属于特殊主体，因为持有关系属于特定关系之一种。持有人的确认应以谁实际控制他人之物为原则，无论持有人是否有行为能力。单位作为侵占罪主体虽无法律依据，但由于现实生活中，单位侵占他人财物案件频频发生，社会危害性较大，因而在修改刑法时或作司法解释时，应将单位作为侵占罪主体加以规定。侵占罪犯罪目的是使侵占者永久地排除所有人对物的所有，这也是侵占罪故意中意志因素的内容。侵占罪故意产生的时间标准表现在两方面：(1) 在基于合同关系取得他人之物持有的场合，侵占故意必经发生在持有他人财物之后；(2) 在非基于合同关系取得他人之物持有的场合，侵占故意可以发生在持有他人之物之后，也可以发生在持有他人之物之前。

第六章，侵占罪的认定。遗忘物与遗失物的区别对认定侵占罪虽无直接影响，但对认定侵占罪与盗窃罪之区别有重要意义。侵占罪的本质特征是侵占自己持有的他人之物，而盗窃、诈骗罪不是将他人持有的财物非法据为己有。我国刑法中的侵占罪属行为犯，侵占罪的既遂应以持有人完成拒不退还或拒不交出他人之物的行为为标准，同时侵占罪不存在犯罪未遂问题。对赃物的侵占可能会发生侵占罪与其他犯罪的牵连问题；在一定条件下，侵占罪存在连续犯之现象；侵占罪不存在法条竞合和想象竞合问题；侵占罪属于状态犯而不是继续犯。认定

侵占罪共同犯罪时须注意共同故意的内容必须一致，即都具有永久地剥夺他人财物之返还请求权之故意，而且共同故意须在侵占行为完成之前形成。

第七章，侵占罪的处罚与告诉形式。数额较大是侵占罪成立的唯一条件；数额的认定以行为人实际上非法获取的财物数额或给物主造成的实际损失的数额为标准。侵占委托物与非委托物以及侵占人是否退赃对侵占罪的量刑有重要影响。侵占罪属贪利型犯罪，对其适用罚金刑是恰当的，罚金刑的适用以不让侵占者占便宜但又要考虑侵占者的负担能力为原则。目前，侵占罪告诉形式还存在一些缺欠，诸如，告诉才处理没有例外的情形；排斥公安机关的介入，致使遗忘物、埋藏物的主人很难收集证据进入诉讼程序等。为弥补上述缺欠，建议在刑法第270条第3款增加一个内容，即如果侵占案件需要侦查的，经被害人申请，公安机关可以介入侦查；但对严重危害社会经济秩序、生活秩序和国家利益的侵占行为，不适用告诉才处理；告诉权的主体是指自然人和单位。

Abstract

The Discussion of Embezzlement is made up of introduction and Seven chapter main body. This article is guided by dialectical materialism, historical materialism and the Theory of Xiao Ping Deng, using the theory of Criminal law and some study achievement of civil law, and have done systematic study of theory. The purpose of this study on one hand, is to establish a theory system of its study. On the other hand, is to discover the essential characteristic systematically. So that it can guide the criminal administration activities and carry out suggestions for perfecting the legislation.

In the Introduction, embezzlement crime is stated a mew concept in our criminal law. The study of it is still at the first stage. There is only a few achievements in this field. But there has been a long history of study about it abroad. Moreover, Tai Wan Province have achieved much, This article tries to make further study of the legislation and theories of embezzlement in comparative way, following previous steps and absorbing the study fruits of scholars domestic and abroad.

At present there are several problems debated, such as1. concept and essence of embezzlement crime; 2. content of preservement for others; 3. whether it can constitute embezzlement or not to possess properties stolen and sealed properties; 4. whether possession common wealth can be object of embezzlement or not; 5. Whether there is un-

finished offence of this crime; 6. the shortcomings and compensation of issue style; 7. whether lost property can be target of it or not.

These problems discussed decide the establishment and difference between this crime and others. So the systematic study of these problems is very important not only for the establishment of theory study system, but also for making up the shortage of systematic study of theory. It' s also important for guiding our criminal administration activities to solve the problems.

Chapter One: Evolution and Comparison of Embezzlement Crime Legislation.

In order to inspect the emergence and development of embezzlement crime legislation, it is very essential to know the development regularity and characteristic of it. Surveying its development history, we know that the emergence and development is closely related not only to property relationship and its complexity of certain social form, but also to the development degree of exchange of commodities. This indicates that the intention and the extended meaning of embezzlement are decided by the duelepment degree of exchange change of commodities and the complexity of property relationship, brings to light the regulation that the development degree of market economy resolve that degree and the request of some social form protecting the right of property by law. Embezzlement crime' s evolution also shows: Firstly, the legislation of this crime has a long history. Secondly, the kinds of it are various and the emphasis is outstanding. Lastly, the penalty of it goes from severe to mild, the range of penalty is suitable, more reasonable and the penalty shows the trend of mitigation of punishment. Comparing the

legislation in different states. We can draw lessons from others, as follows:

(Ⅰ) Have a title in front of the article;

(Ⅱ) Provide the embezzlement of forgotten property and burial property independently;

(Ⅲ) Description of the facts about the embezzlement crime should be more abstract and more terse, avoid misunderstanding about the embezzlement action.

Chapter Two: Essentials of Embezzlement.

The harm, an offender of embezzlement done to the society. isn't mere the violation to specific victims' property right. The worse is that the offender arises general credit crisis which further result in the destroy of normal economic order. Moreover, the absolutely anti—social egoism characteristics of the offender make him have a tendency to trespass indefinite property, thus also endangers the society, Although embezzlements in different states' criminal laws are different in words, the features of this crime can all be revealed in various criminal laws. The definition of embezzlement in chinese criminal law should be stated as follows: the actions done by the offender who, on the purpose of gaining illegal ownership, tries to convert the ownership of a large number o properties illegally which he possesses through the refusal of returning or handing over. This definition covers the contents of Item One and Item Two from Section 270 in our criminal law. It mot only has the generality, but also shows the feature of embezzlement. There are two types of embezzlement crime. One is called the normal embezzlement and the other is embezzlement of lost property and burial prop-

erty. The job—related embezzlement doesn't accord with the basic features and neither is it the aggravated offence of the normal embezzlement. So it cannot be classified to the crime of embezzlement.

Chaper Three; The Object and the Target of the Crime of Embezzlement.

The object of this crime should be limited to the infringement on the private and public property rights. And only infringing the rights of asking for returning reaches the level of criminal infringement. The target of this crime refers to owners' property that have been under the control of the infringer, not the property interests. It should be pointed out that the destinguishment between the forgotten and the lost has nothing to do with the foundation of this crime.

Chapter Four: The Objective Characteristics of Embezzlement.

Although the acts of " keepment for others" and "illegal ownership" are not the embezzlement acts, they are the necessary premise to the occurance of embezzlement acts, wthout them, there is on way to discuss the problem of "refusing to return or to hand over", so three of them constitute the objective characteristics of embezzlement. "keepment for others" is to say that the nonowner has the obligation to keep appropriately and return others' property under his control, it manifests that the nonowner possesses others' property, and the action is not necessarrily based on legal cause. No matter what "illegal ownership" manifests, comparing with the embezzlement acts, its essence is the intention of possessing illegally. And comparing with returning or compensation, it belongs to the infringement of civil rights acts. So it has double charatcteristics. In a word, the essence of embezzlement

acts is to possess others' property and refuse to return, or hand over. And it can only be done by non - conduct.

Chapter Five: The Necessary Subject Conditions and the Necessary Mental Conditions For the Embezzlement.

Firstly, the subjects of the embezzlement, belonging to the specials, are kinds of the criminals with certain status. Whether or not they are able to offend it all by themselves, the possessors all should be decided according to the fact who have really controlled the possessions.

As to the unit, given of the very serious effect on the society which is resulted form the embezzlement, the unit also should be regarded as one kind of the subjects of these crimes in the law explanation made by judges, and which also should be added to the law of penalty being reformed in the future, Secondly, the man who commits the offense of embezzlement should be on purpose of occupying the possessions which in fact don' t belong to him, excluding refusing the original owners to take it back.

As to the time when the criminal intention arises, it can be divided into the following two aspects based on the different situations, i. e. 1. In the contract, it always occurs after having controled the possessions; 2. It can rise up either after occupying it or before possessing it.

Chapter Six: Affirmation of Embezzlement.

The difference between the lost thing and the forgotten thing has no direct influence on affirming embezzlement. But it is significant to the difference of affirming the embezzlement and the stealing offence.

The essential character of embezzlement is that one embezzles others' things which are carried by himself while swindling offence or stealing offence means to embezzle illegally others' property which is carried by others. Embezzlement belongs to action offence in Chinese criminal law. The finishing of an embezzlement should be measured the action that the carrier denies returning or handing out others' property and at the some time, there is no attempted phenomena about embezzlement. The embezzlement of stealing property probably will lead to the association. Under certain circumstances, the embezzlement has no the overlap of law or the overlap of imagination. The embezzlement is not the continuous offence but the state offence. To affirm the common offence of embezzlement, we should pay attention to the fact that their purpose must be consistent, that is to say that they both have the same purpose to deprive perminently others of their right of claiming and their purpose should be formed before the finishing of the action.

Chapter Seven: The Punishment and the Forms of sue of the Embezzlement.

The huge amount is the only important condition of the embezzlement. According to the qualities of the property that the offender acquired illegally or the quantities of loss that the owner suffered. The standard of the amount should be defined. The major affect of the measurement of penalty depends on whether the offender have disgorged ill - gotten gains and whether the occupied goods is entrusted or not. Because the embezzlement is different from the rapacious crime, the fine punishment is appropriate, It follows the principle of not letting the offender obtain profit and considering the paying ability of the offender.

At present, the sue forms of the embezzlement still have some shortages. For instance, there is no exception of the condition of handling when has been sued. And the public security office were forbidden to attend ligitation procedure. So it is difficult to gather evidence and attend ligitation procedure for the owner of the lost and burial goods. In order to compensate the weakness above, I have a suggesting of adding a clause in the third item of the Section270in our criminal law. The content is that the public security office should attend investigation if the embezzlement case need investigation and through the application of the victims, except for the actions which damaged the economic order life order, and state interest seriously.

后　记

《侵占罪研究》一书是在我的博士学位论文《论侵占罪》的基础上补充、修改而成的。

在教学实践中，由于我的授课对象多是司法部门从事司法实务工作的干部，他们经常向我提出诸如合同诈骗与合同纠纷、贷款诈骗与借贷纠纷、敲诈勒索与债务纠纷、侵占行为与不当得利等刑事法律关系与民事法律关系易混淆的案件如何从理论上界定开来的问题，这样的问题不仅对司法实务界是个困惑，而且对刑法理论界也是一个挑战和亟待解决的问题。问题解决的理论价值和实践意义是非常重大的，我曾试图以“刑民关系论”作为博士论文的选题，对刑法中易与民事案件相混淆的犯罪进行分析研究，欲从理论上探究出刑民关系相区别的界限及规律性的概括，但由于题目的内涵太大，时间仓促，加上资料的匮乏，便放弃了这个想法，只从刑民易混淆的个罪中选择了较典型的侵占罪作为上述想法的一个开端，以便为日后将刑民关系继续研究下去作一个必要铺垫。

侵占罪的立法历史悠久，其产生与发展是由商品经济的发达程度和统治者对财产权利保护的重视程度决定的。无论哪一历史形态的社会，其侵占罪的共同特征均是非财产所有人将持有的他人财物非法据为己有。我国刑法中的侵占罪是个新罪名，与国外侵占罪立法比较，在犯罪客体与对象、侵占行为、犯罪形态、罪数形态等方面却有自己显著的特色，具有更大的谦抑性，但从新中国刑法发展史来看，对侵占罪的研究是一类理论探讨较少，问题很多又急需解决的一个新课题。正是其具

有重大理论价值和实践意义，才激发我对侵占罪研究的兴趣。经过一年的努力，论文终于撰写完毕并得到了知名刑法学家的一致肯定，令我振奋和愉悦，但是我知道这是他们对青年学习者的宽爱、鼓励和热情扶持，鞭策我继续努力。但欣慰之余又有几分惶惶不安之情，因为他们提出的问题显示了我论文中还有一些薄弱环节，还需进一步推敲。于是，在博士学位论文答辩获得通过以后，经过一年半的时间，在充分考虑他们提出的极有深度的意见和问题基础上，结合近一年来刑法学界相关的研究成果，我对论文进行了全面、细致的修改和补充。并对一些研究薄弱的地方进行了充实，形成本书。但因为学识和理论水平所限，本书仍有许多欠妥之处，令我抱憾。

本书的形成不单纯是我个人的躬耕，还凝聚着许多人的心血。值此付梓之际，感激之情涌至笔端。

首先感谢的是我的博士生导师、刑法学界的泰斗之一、德高望众的何鹏教授，何鹏导师在我论文的酝酿阶段从论文的选题、篇章结构、基本思路到具体问题，都给予悉心指导和帮助，论文脱稿交给导师审查过程中，何鹏导师不顾疾患在身，殚精竭虑，直接秉笔添削，一片厚爱，跃然纸上。已故的高格教授在一些基本观点上帮我着力雕琢，苦心可鉴。

论文打印后，曾分别呈送马克昌、赵廷光、王牧、喻伟、刘守芬、李文燕、张明楷、吴振兴等国内著名刑法学家、教授审阅和评议。这些前辈、老师满怀热忱，在充分肯定论文的理论价值和实践意义的同时，也提出了宝贵的意见。

论文打印后，李洁老师、同门学仁张旭、赵华、李韧夫、邢志仁、董玉庭、赵大利等，曾就论文中的一些疑难性问题与我进行了深入探讨，使我受益匪浅。

尤其令人难忘的是，2000 年 6 月 11 日在张明楷教授主持的论文答辩会上，何鹏、王牧、李文燕、张明楷、吴振兴 5 位教授就我的博士论文指出了不少问题。这些问题成为本书的修改指针。可以说论文改变了颇为粗糙的面貌，能够达到目前水平，大多得益于这次答辩。

我还要感谢的是我的妻子张影老师，在我论文资料的整理、翻译方面作了功不可没的工作；特别是在我论文撰写期间，她承担了全部家务，给我提供了宽裕的时间和良好的环境，使得博士论文得以顺利完成。我的同事沈美丽女士帮助我打印了论文，付出了许多心血和精力，她的无私奉献深深感动着我，在此一并表示衷心的感谢。

值此本书出版之际，我要感谢我的哥哥于世夫，本书能够顺利出版，得益于他与出版界的联系、沟通，在此，对他的朋友一并致谢。

于世忠

2002 年 4 月 16 日杭州古荡湾